

# NWVBI. Sonderheft

## Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

### Inhalt

<b>Limbach</b>	Grußwort des Ministers der Justiz des Landes NRW
<b>Dauner-Lieb</b>	Grußwort der Präsidentin des VerfGH NRW
<b>Beimesche</b>	Geleitwort des Vizepräsidenten des OVG NRW
<b>Beimesche/Sander von Coelln</b>	Eine kurze Geschichte des Neubeginns
<b>Heusch</b>	Die Eigenständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit
<b>Sarnighausen/Haghgu</b>	Die Verwaltungsgerichte als Hüter der Verfassung
	Funktionsbedingungen rechtsstaatlicher Verwaltungs- rechtsprechung
<b>Henneke</b>	Art. 28 Abs. 2 GG im Spiegel der Verwaltungsrechtsprechung
<b>Beckmann</b>	Kategoriale Unterschiede zwischen Zielen und Grundsätzen der Raumordnung?
<b>Bick/Stamm</b>	Endlich Klarheit beim Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit

**75**  
**JAHRE**

Verwaltungsgerichtsbarkeit  
Nordrhein-Westfalen

# Gesetz- und Verordnungsblatt

FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

Herausgegeben mit Genehmigung der Militärregierung

3. Jahrgang

Düsseldorf, den 30. Juli 1949

Nummer 27

Date	Contents	Page	Datum	Inhalt	Seite
7/6/49	Law relating to the Conversion of the Church Tax in Consequence of the Monetary Reform	195	7. 6. 49	Gesetz zur Umstellung der Kirchensteuer aus Anlaß der Währungsreform	195
18/3/49	Carrying-out Law to Military Government Ordinance No. 165 relating to the Establishment of Administrative Courts	196	18. 3. 49	Ausführungsgesetz zu der Verordnung Nr. 165 der Militärregierung über die Errichtung von Verwaltungsgerichten	196
6/7/49	Ordinance relating to the Establishment of the Higher Administrative Court (Oberverwaltungsgericht) and of the Land Administrative Courts (Landesverwaltungsgerichte)	196	6. 7. 49	Verordnung über die Errichtung des Oberverwaltungsgerichts und der Landesverwaltungsgerichte	196
6/7/49	Ordinance relating to the Administering of Oaths to the Members of the Higher Administrative Court and of the Land Administrative Courts	197	6. 7. 49	Verordnung über die Vereidigung der Mitglieder des Oberverwaltungsgerichts und der Landesverwaltungsgerichte	197
18/7/49	Notice regarding „Bezirke“ and „Gemeinden“ being declared as „Critical Housing Areas“ Amendments	198	18. 7. 49	Bekanntmachung über Bezirke und Gemeinden, die zu Brennpunkten des Wohnungsbedarfs erklärt werden Berichtigungen	198

## Ordinance of 6 July, 1949, relating to the Establishment of the Higher Administrative Court (Oberverwaltungsgericht) and of the Land Administrative Courts (Landesverwaltungsgerichte).

Approved for publication-reference NRW/RGO/1487/41 dated 7/7/1949.

Pursuant to para 6 of British Military Government Ordinance No. 165 it is hereby ordered as follows:

### Para 1

The Higher Administrative Court of Land North Rhine/Westphalia shall have its seat at Münster.

### Para 2

Land Administrative Courts shall be established:

- at Aachen for the area of Regierungsbezirk Aachen,
- at Arnsberg for the area of Regierungsbezirk Arnsberg, with the exception of Stadtkreise: Wanne-Eickel, Herne, Castrop-Rauxel, Lünen, Dortmund, Bochum, Wattenscheid,
- at Düsseldorf for the area of Regierungsbezirk Düsseldorf, with the exception of Stadtkreis Essen,
- at Gelsenkirchen for the area of Stadtkreise Bottrop, Gladbeck, Gelsenkirchen, Recklinghausen, Wanne-Eickel, Herne, Castrop-Rauxel, Lünen, Dortmund, Bochum, Wattenscheid, Essen,
- at Cologne for the area of Regierungsbezirk Cologne,
- at Minden for the area of Regierungsbezirk Detmold,
- at Münster for the area of Regierungsbezirk Münster, with the exception of Stadtkreise: Bottrop, Gladbeck, Gelsenkirchen, Recklinghausen.

### Para 3

This Ordinance shall become effective upon the date of its promulgation.

The Land Government Land North Rhine/Westphalia.

The Ministerpräsident:      The Minister of Justice:  
Arnold                              Dr. Sträter.

## Verordnung über die Errichtung des Oberverwaltungsgerichts und der Landesverwaltungsgerichte.

Vom 6. Juli 1949.

Druckgenehmigung NRW/RGO/1487/41 vom 7. 7. 1949.

Auf Grund des § 6 der Verordnung Nr. 165 der Britischen Militärregierung wird folgendes verordnet:

### § 1

Das Oberverwaltungsgericht des Landes Nordrhein-Westfalen hat seinen Sitz in Münster.

### § 2

Landesverwaltungsgerichte werden errichtet:

- in Aachen für das Gebiet des Regierungsbezirks Aachen,
- in Arnsberg für das Gebiet des Regierungsbezirks Arnsberg, mit Ausnahme der Stadtkreise Wanne-Eickel, Herne, Castrop-Rauxel, Lünen, Dortmund, Bochum, Wattenscheid,
- in Düsseldorf für das Gebiet des Regierungsbezirks Düsseldorf, mit Ausnahme des Stadtkreises Essen,
- in Gelsenkirchen für das Gebiet der Stadtkreise Bottrop, Gladbeck, Gelsenkirchen, Recklinghausen, Wanne-Eickel, Herne, Castrop-Rauxel, Lünen, Dortmund, Bochum, Wattenscheid, Essen,
- in Köln für das Gebiet des Regierungsbezirks Köln,
- in Minden für das Gebiet des Regierungsbezirks Detmold,
- in Münster für das Gebiet des Regierungsbezirks Münster, mit Ausnahme der Stadtkreise Bottrop, Gladbeck, Gelsenkirchen, Recklinghausen.

### § 3

Diese Verordnung tritt mit dem Tage der Verkündung in Kraft.

Die Landesregierung des Landes Nordrhein-Westfalen.

Der Ministerpräsident:      Der Justizminister:  
Arnold                              Dr. Sträter.

# NWVBI. Sonderheft

**Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter**  
Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

## Herausgeber

*Prof. Dr. Christian von Coelln,*

Universität zu Köln

*Dr. Ricarda Brandts,*

Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs und des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen a. D.

*Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb,*

Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen

*Prof. Dr. Johannes Dietlein,*

Universität Düsseldorf

*Prof. Dr. Andreas Heusch,*

Präsident des Verwaltungsgerichts Düsseldorf, Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen

*Prof. Dr. Thomas Mayen,*

Rechtsanwalt, Bonn

*Gudrun Schäpers,*

Präsidentin des Oberlandesgerichts Hamm

## Redaktion

*Dr. Katrin Haghgu,*

Richterin am Oberverwaltungsgericht

*Dirk Rauschenberg,*

Vors. Richter am Oberverwaltungsgericht

*Dr. Manfred Siegmund,*

Vors. Richter am Verwaltungsgericht a. D.

### Redaktion

Dr. Katrin Haghgu, Richterin am Oberverwaltungsgericht, Münster; OVG NRW, Postfach 63 09, 48033 Münster; Tel.: 02 51/50 52 93  
 Dirk Rauschenberg, Vors. Richter am Oberverwaltungsgericht, Münster; OVG NRW, Postfach 63 09, 48033 Münster; Tel.: 02 51/50 53 21  
 Dr. Manfred Siegmund, Vors. Richter am Verwaltungsgericht a. D., Trakehnenstraße 13, 53332 Bornheim; E-Mail: nwwbl@outlook.de  
 Geschäftsführender Herausgeber:  
 Prof. Dr. Christian von Coelln, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
 Tel.: 02 21/4 70-40 66, E-Mail: lehrstuhl-voncoelln@uni-koeln.de

## Inhalt

### Grußworte

Grußwort des Ministers der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen Dr. Benjamin Limbach — **3**  
 Grußwort der Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb — **5**

### Geleitwort

Geleitwort des Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen Sebastian Beimesche — **7**

### Abhandlungen

*Beimesche/Sander*, Eine kurze Geschichte des Neubeginns – Schlaglichter auf die Anfänge der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit — **9**

*von Coelln*, Die Eigenständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit — **22**

*Heusch*, Die Verwaltungsgerichte als Hüter der Verfassung — **27**

*Sarnighausen/Haghgu*, Funktionsbedingungen rechtsstaatlicher Verwaltungsrechtsprechung – Rückblick und Ausblick — **34**

*Henneke*, Art. 28 Abs. 2 GG im Spiegel der Verwaltungsrechtsprechung — **44**

*Beckmann*, Kategoriale Unterschiede zwischen Zielen und Grundsätzen der Raumordnung? – Ein Beitrag zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Raumordnungsplänen in Nordrhein-Westfalen — **53**

*Bick/Stamm*, Endlich Klarheit beim Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit? – Eine chronologische Darstellung der Rechtsprechung und Gesetzgebung zum nordrhein-westfälischen Erschließungsbeitragsrecht — **63**

## Beirat:

Dr. Michael **Bertrams**, Präsident des Verfassungsgerichtshofs und des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen a. D.

Dr. Dr. h. c. Klaus **Bilda**, Präsident des Oberlandesgerichts a. D.

Prof. Jochen **Dieckmann**, Rechtsanwalt, Staatsminister a. D., Düsseldorf

Prof. em. Dr. Dirk **Ehlers**, Universität Münster

Prof. Dr. Jörg **Ennuschat**, Ruhr-Universität Bochum

Heinrich **Flege**, Vors. Richter am Oberlandesgericht, Vorsitzender des Justizprüfungsamts bei dem OLG Hamm a. D.

Prof. Dr. Johannes **Hellermann**, Universität Bielefeld

Dr. Annette **Kleinschnittger**, Vors. Richterin am OVG NRW

Prof. em. Dr. Wolfgang **Löwer**, Universität Bonn, Richter am VerfGH NRW a. D.

Dr. Peter **Paziorek**, Regierungspräsident Münster a. D.

Johannes **Riedel**, Präsident des Oberlandesgerichts Köln a. D.

Prof. Dr. Alexander **Schink**, Rechtsanwalt, Staatssekretär a. D., Düsseldorf

Ute **Scholle**, Präsidentin des Landesrechnungshofs NRW a. D.

Prof. Dr. Volker **Wahrendorf**, Vors. Richter am LSG a. D., Essen

Prof. Dr. Joachim **Wieland**, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Richter am VerfGH NRW

Johannes **Winkel**, Ministerialdirigent, Innenministerium NRW

## Impressum

### Verantwortliche Redakteure

Dr. Katrin Haghu, Richterin am OVG; OVG NRW, Postfach 63 09, 48033 Münster; Tel.: 02 51/5 05-293, E-Mail: nwwbl.haghu@t-online.de  
Dirk Rauschenberg, Vors. Richter am OVG; OVG NRW, Postfach 63 09, 48033 Münster; Tel.: 02 51/5 05-321

Dr. Manfred Siegmund, Vors. Richter am VG a.D.; Trakehenstraße 13, 53332 Bornheim; E-Mail: nwwbl@outlook.de

Prof. Dr. Christian von Coelln, Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, Tel.: 02 21/4 70-40 66, E-Mail: lehrstuhl-voncoelln@uni-koeln.de (verantw. i.S.d. LPresseG)

Sämtliche mit einer Verfasserangabe versehenen Beiträge stellen ausschließlich die Meinung des jeweiligen Autors dar. Die Herausgeber und die Redaktion machen sich die darin geäußerten Auffassungen nicht zu eigen und beziehen zu ihnen keine Stellung. Die veröffentlichten Lösungsskizzen zu den Prüfungsaufgaben der juristischen Staatsprüfungen stellen die von den Verfassern dieser Aufgaben gefertigten Musterlösungen dar; die Redaktion und der Verlag übernehmen für ihre inhaltliche Richtigkeit keine Gewähr.

Für die strukturelle und formale Gestaltung von Zeitschriftenbeiträgen (Abhandlungen und Rezensionen) steht ein Merkblatt zur Verfügung. Dieses kann beim Verlag angefordert oder unter [www.boorberg.de](http://www.boorberg.de) heruntergeladen werden.

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Gewähr übernommen. Beiträge können nur angenommen werden, wenn sie ausschließlich den „Nordrhein-Westfälischen Verwaltungsblättern“ zum Abdruck (Erstverwertung) angeboten worden sind.

Rezensionsangebote von Neuerscheinungen werden an die Redaktion erbeten. Unverlangt zugesandte Rezensionsexemplare können nicht zurückgegeben werden.

Hinsichtlich der Umsetzung eines geschlechtergerechten Sprachgebrauchs orientieren sich der Verlag und die Redaktion an den Erfordernissen der Rechtssprache sowie an den Empfehlungen des Rats für deutsche Rechtschreibung vom 26.03.2021. Näheres ist dem o. g. Merkblatt des Verlags für die strukturelle und formale Gestaltung von Zeitschriftenbeiträgen zu entnehmen.

### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Urheber- und Verlagsrechte bleiben vorbehalten. Die Auswertung für Datenträger, die Vervielfältigung jeder Art sowie der Nachdruck von Beiträgen und Gerichtsentscheidungen sind nur mit vorheriger Genehmigung des Verlags gestattet. Die Genehmigung ist in jedem Fall einzuholen.

Mit der Annahme des Beitrags zur Veröffentlichung erwirbt der Verlag alle ausschließlichen Verlagsrechte für die Zeit des Bestehens des Urheberrechts. Diese umfassen insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und die Befugnis zur Einspeicherung des Beitrags in eine Datenbank, verbunden mit dem Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung (online oder offline) zu gewerblichen Zwecken ohne zusätzliche Vergütung. Das ausschließliche Recht an einer elektronischen Version des Beitrags erwirbt der Verlag ohne zeitliche Begrenzung.

### Verlag

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG; Scharrstraße 2, 70563 Stuttgart Telefon (07 11) 73 85-0; Telefax (07 11) 73 85-100; [www.boorberg.de](http://www.boorberg.de) mail@boorberg.de

### Konten

Landesbank Baden-Württemberg: IBAN DE31 6005 0101 0002 1737 53; Postbank Stuttgart: IBAN DE73 6001 0070 0024 3237 08

**Verantwortlich für den Anzeigenteil** Dieter Müller, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharrstraße 2, 70563 Stuttgart Telefon (07 11) 73 85-0; Fax (07 11) 73 85-100 [www.boorberg.de](http://www.boorberg.de) anzeigen@boorberg.de

**Anzeigenpreisliste** Nr. 11 vom 1.1.2023 ist zurzeit gültig.

**Erscheinungsweise** am 1. jeden Monats.

Der Bezugspreis beträgt jährlich im Abonnement € 325,40 für Print oder Online, für Print inklusive Online € 390,60. Für jede weitere Online-Lizenz jährlich € 60,00. Vorzugspreis für Studenten und Referendare (gegen Nachweis) jährlich im Abonnement € 199,20 für Print oder Online, für Print inklusive Online € 239,40 (jeweils inkl. Zustellgebühr). Die Berechnung des Abonnements erfolgt jährlich im Voraus. Einzelheft € 31,50 zuzüglich Versandkosten.

Eine Abbestellung des Prints kann frühestens zum Jahresende gültig werden, wenn sie spätestens sechs Wochen vorher dem Verlag vorliegt.

**Satz** Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Demex Allee 1, 14641 Wustermark

**Druck** C. Maurer GmbH & Co. KG, Schubartstraße 21, 73312 Geislingen

**ISSN 0932-710X**

„75 JAHRE VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT NORDRHEIN-WESTFALEN“  
SONDERHEFT DER NORDRHEIN-WESTFÄLISCHEN VERWALTUNGSBLÄTTER

## Grußwort des Ministers der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen Dr. Benjamin Limbach

Als ehemaliger Verwaltungsrichter ist es mir eine ganz besondere Ehre, anlässlich des 75-jährigen Bestehens der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein-Westfalen ein Grußwort an Sie, liebe Leserinnen und Leser, richten zu dürfen.

Nachdem die britische Militärregierung nach dem Zweiten Weltkrieg den Weg freigemacht hatte für den Wiederaufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Norddeutschland, begann die Geschichte der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit knapp drei Jahre nach der Gründung des Landes Nordrhein-Westfalen im Jahr 1949 mit der Errichtung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie der sieben Verwaltungsgerichte in Aachen, Arnsberg, Düsseldorf, Gelsenkirchen, Köln, Minden und Münster.

Die Gründung der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit fällt damit in eine Zeit, in der mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nach dem Verfassungskonvent von Herrenchiemsee nicht nur in Nordrhein-Westfalen, sondern in der gesamten noch jungen Bundesrepublik die Grundsteine für unseren demokratischen Rechtsstaat moderner Prägung gelegt worden sind. Eine wesentliche Ausprägung dieses modernen Rechtsstaats war dabei die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, die von Anfang an auch die Arbeit der Verwaltungsgerichte maßgeblich geprägt hat.



Seitdem hat sich die Geschichte der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einer außerordentlichen Erfolgsgeschichte entwickelt. Als unabhängige und neutrale Kontrollinstanz gehört sie zu den tragenden Säulen unseres demokratischen Rechtsstaats. Ihre enge, über fast sieben Jahrzehnte auch institutionelle Bindung an den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen hat ihr eine besondere Stellung in unserem Staatsgefüge zugewiesen.

Durch den Verzicht auf einen Anwaltszwang vor den sieben erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten ist der Rechtsschutz gegen staatliche Maßnahmen von Beginn an besonders bürgernah ausgestaltet worden. Der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltende Amtsermittlungsgrundsatz führt dazu, dass bei den Verwaltungsgerichten die Rechtssuchenden in besonderem Maße in den Mittelpunkt der justiziellen Tätigkeit rücken. Zugleich kommt den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte eine „Leitlinienfunktion“ für die Exekutive zu, die ihr Handeln daran ausrichtet.

Dabei nehmen die Richterinnen und Richter der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit die ihnen anvertrauten Aufgaben und Pflichten mit beeindruckender Gründlichkeit und Genauigkeit wahr. Infolgedessen ist nicht nur das Rechtsschutzniveau für die Bürgerinnen und Bürger bei den Verwaltungsgerichten besonders hoch. Der Expertise der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichte kommt zugleich sowohl in der Bevölkerung als auch in Fachkreisen ein ungebrochen hervorragender Ruf zu.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit stand in den letzten Jahren im besonderen Fokus der Öffentlichkeit.

Hervorzuheben ist zunächst die Belastung mit einer außergewöhnlichen Anzahl von Asylverfahren, die die Verwaltungsgerichte seit Beginn der großen Migrationsbewegungen ab dem Jahr 2015 erreicht haben. Diese Verfahren haben die Arbeit der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichte in den letzten Jahren stark geprägt. Sie werden dies mit hoher Wahrscheinlichkeit auch weiterhin tun. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass die Richterinnen und Richter der Verwaltungsgerichte bei ihrer Entscheidungsfindung nicht bloß abstrakte Verfahren und Statistiken, sondern stets auch die dahinterstehenden Menschen mit ihren individuellen Schicksalen im Blick haben.

Auch während der Coronapandemie waren die Verwaltungsgerichte ein Eckpfeiler zur Sicherung unseres Rechtsstaates. In diesen für uns alle neuen und schwierigen Zeiten haben sie über eine Vielzahl von Klagen und Anträgen gegen staatliche Coronamaßnahmen entscheiden müssen. Mit viel Fingerspitzengefühl und Augenmaß haben sie dabei in ihre Erwägungen eingestellt, dass die Maßnahmen häufig unter hohem Zeitdruck und auf einer unsicheren Tatsachen- und Erkenntnisgrundlage getroffen werden mussten. Dadurch haben sie den staatlichen Stellen die angesichts der wissenschaftlichen Unsicherheit notwendigen Einschätzungsspielräume belassen, als Hüter des Rechtsstaates aber auch stets die Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger genau im Blick gehabt.

Im Bereich der großen Infrastrukturprojekte, etwa im Verkehrs- oder Energiesektor, haben die Verwaltungsgerichte über nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich hochkomplexe Verfahren zu entscheiden, deren zügige Realisierung von herausragender Bedeutung für die Versorgungssicherheit ist. Insbesondere das Oberverwaltungsgericht hat hier neue, weitreichende Zuständigkeiten übernommen.

Schließlich ist es eine herausragende Leistung, dass es die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit als eine der ersten Gerichtsbarkeiten in Deutschland geschafft hat, flächendeckend die führende elektronische Gerichtsakte einzuführen. Diese Leistung ist umso beeindruckender, als die flächendeckende Einführung bereits im Jahr 2021 und damit fast fünf Jahre vor der gesetzlich verpflichtenden Einführung zum 01.01.2026 abgeschlossen worden ist.

Die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit kann nach alledem auf 75 ereignisreiche und erfolgreiche Jahre zurückblicken. Ich bin mir sicher, dass sich ihre Erfolgsgeschichte auch in den nächsten 75 Jahren fortsetzen und sie weiterhin ein wichtiger Garant für das Gelingen unseres Rechtsstaats bleiben wird.

Abschließend möchte ich die Gelegenheit nutzen und allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit meinen besonderen Dank aussprechen. Auch in schwierigen Zeiten tragen Sie täglich dafür Sorge, dass jeder Einzelnen und jedem Einzelnen stets der Zugang zu kompetentem Rechtsschutz offensteht. Auf Ihre Arbeit können Sie stolz sein.



Dr. Benjamin Limbach  
Minister der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen

## Grußwort der Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Vor 75 Jahren wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein-Westfalen errichtet. Dieses Jubiläum gibt uns Anlass, das Wirken einer Gerichtsbarkeit zu würdigen, der wir mit dem Schutz der Bürgerinnen und Bürger gegenüber der öffentlichen Verwaltung einen essenziellen Beitrag zur Verwirklichung individueller Freiheiten und rechtsstaatlicher Garantien verdanken. 75 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit geben uns damit zugleich Anlass, uns den Wert des freiheitlichen Rechtsstaats, der alles andere als selbstverständlich ist, in Erinnerung zu rufen und darüber bewusst zu werden, dass staatliche Institutionen allein ihn nicht werden bewahren können, sondern es dazu vor allem unserer gemeinsamen Überzeugung und unseres aufrichtigen Einstehens bedarf.

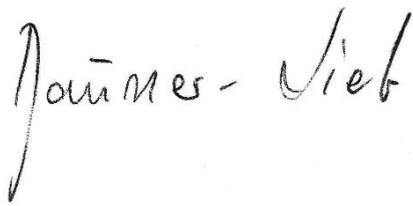
Kaum etwas dürfte dies eindrucksvoller illustrieren als das Bild des noch weitgehend in den Trümmern nationalsozialistischer Unrechts- und Gewaltherrschaft liegenden Landes Nordrhein-Westfalen, als am 30.07.1949 die Verordnung über die Errichtung des Oberverwaltungsgerichts und der Landesverwaltungsgerichte vom 06.07.1949 in Kraft trat. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die nach Art. 107 der Weimarer Reichsverfassung, der Verfassung der ersten wirklichen deutschen Demokratie, mit dem Schutz der Einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden beauftragt war, wurde in der Zeit des Nationalsozialismus systematisch abgebaut und nach Kriegsende 1945 vorerst stillgelegt. Die Anordnung ihrer Wiedererrichtung durch das Kontrollratsgesetz Nr. 36 vom 10.10.1946, dem die Militärregierungsverordnung Nr. 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone vom 15.09.1948 und in deren Umsetzung der Gründungsakt der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Verordnung vom 06.07.1949, folgten, markierte einen Neubeginn in der bis dahin wechselvollen Geschichte des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland. Sie war auch ein Schritt hin zur Wiederherstellung staatlicher Ordnung. Mehr noch lag darin aber zugleich, im wahrsten Sinne des Wortes, ein Wiederanvertrauen von Rechtsprechungsgewalt, das den Willen und die Befähigung der Bürgerinnen und Bürger und der Hoheitsträger zur Rechtsstaatlichkeit gleichermaßen voraussetzte und einforderte.



Die besondere Rolle, die dabei in der britischen Besatzungszone der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeordnet wurde, kam in § 27 der Militärregierungsverordnung Nr. 165 zum Ausdruck, wonach das Oberverwaltungsgericht unter anderem in erster und letzter Instanz über Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in dem kein anderes Gericht zu ihrer Regelung besteht, zu entscheiden hatte. Diese Funktion des Oberverwaltungsgerichts als vorläufiges „Ersatz-Verfassungsgericht“ sollte später einer der Gründe dafür sein, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit jahrzehntelang eine Sonderstellung unter den nordrhein-westfälischen Gerichtsbarkeiten einnahm. Der im Jahr 1952 errichtete Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen wurde bei dem Oberverwaltungsgericht in Münster angesiedelt. Dessen Präsident war kraft Verfassung in Personalunion zugleich Präsident des Verfassungsgerichtshofs. Organisatorisch standen und stehen dem Verfassungsgerichtshof die Geschäftseinrichtungen des Oberverwaltungsgerichts zur Verfügung. Dieses hatte damit bis zur organisatorischen Vervollständigung des Verfassungsgerichtshofs im Jahr 2021 neben seiner originären Rechtsprechungsfunktion auch die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit eines von Landtag und Landesregierung unabhängigen Verfassungsorgans und der Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen.

In ihrer täglichen Rechtsanwendung bringen die Verwaltungsgerichte, in den Worten des früheren Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Fritz Werner, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ zur Durchsetzung. Das Fundament dessen ist die von den Verwaltungsgerichten eingelöste verfassungsrechtliche Garantie eines effektiven Verwaltungsrechtsschutzes, welche von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und von Art. 74 der Landesverfassung gewährleistet wird. Dieses Fundament ist unverändert geblieben. Auf dieser Grundlage spiegeln die Schwerpunkte der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung immer auch die jeweils aktuellen gesellschaftlichen und politischen Themen und Kontroversen wider. Die Klagewelle im Asylrecht, Fahrverbote für Dieselfahrzeuge, Genehmigungen für Kraftwerke und die Coronapandemie sind nur einige Beispiele aus jüngerer Zeit, die zugleich die Breitenwirkung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen verdeutlichen. Fragen des Klimaschutzes werden wohl auch in Zukunft eine bedeutende Rolle spielen. Ohnehin ist der Verwaltungsrechtsschutz längst nicht mehr nur auf den Schutz der subjektiven Rechte des Einzelnen beschränkt. Nicht zuletzt infolge der Europäisierung des Verwaltungs- und des Verwaltungsprozessrechts haben die Verwaltungsgerichte inzwischen zunehmend auch über die Wahrung des objektiven Rechts zu wachen. Dies stärkt den Rechtsstaat. Jede verwaltungsgerichtliche Entscheidung gibt Rechtssicherheit. Häufig lassen sich über den konkreten Fall hinaus Maßstäbe und Wertungen verallgemeinern, die der Verwaltung und anderen Betroffenen Klarheit über das geltende Recht verschaffen und damit auch ohne gerichtlichen Streitentscheid den Rechtsfrieden sichern.

Das Aufgabenfeld der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist also groß, nicht wenige Verfahren sind außerordentlich komplex und haben fallübergreifende Bedeutung, nicht selten für uns alle. Das Wirken der Richterinnen und Richter der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit verdient nicht zuletzt deshalb unsere Dankbarkeit und Wertschätzung.

A handwritten signature in black ink, reading "Dauner-Lieb". The signature is written in a cursive, flowing style with a long vertical stroke on the left side of the first letter 'D'.

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb  
Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen

## Geleitwort des Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen Sebastian Beimesche

Obwohl die Ursprünge der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern bis ins 19. Jahrhundert zurückreichen, kann von einer personell und organisatorisch eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein-Westfalen erst seit 1949 die Rede sein. Durch Erlass des Ministerpräsidenten vom 29.07.1949 wurden die nach Kriegsende wiederöffneten, in Teilen zunächst noch verwaltungsnahen Bezirksverwaltungsgerichte aufgelöst. Einen Tag später, am 30.07.1949, trat eine Verordnung der Landesregierung in Kraft, aufgrund derer sieben Landesverwaltungsgerichte (das sind die heutigen Verwaltungsgerichte) und das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen errichtet wurden. Dies ist der Geburtstag der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer bis heute erhaltenen Struktur, der sich am 30.07.2024 zum 75. Mal jährt.

Der rechtsstaatlich elementare Fortschritt, den die Einrichtung einer selbstständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit und die umfassenden Rechtsschutzmöglichkeiten des Einzelnen gegen ihn betreffende Akte der öffentlichen Gewalt bedeuteten, fand damals nicht nur uneingeschränkte Zustimmung, sondern war auch von Skepsis begleitet. So bestand vor allem die Besorgnis, dass die Gerichte die Spielräume der Verwaltung zu sehr einengen und die Effektivität des Verwaltungshandelns lähmen würden. Auch gab es anfangs Stimmen, die der Verwaltungsgerichtsbarkeit neben der etablierten und übermächtig wirkenden ordentlichen Justiz keine nennenswerte Bedeutung als Teil der Dritten Gewalt beimaßen. Diese Vorbehalte sollten sich schon bald als unberechtigt erweisen. Als Träger einer rechtsstaatlichen Verwaltungskontrolle fanden die Verwaltungsgerichte schnell und dauerhaft ihren Platz im öffentlichen Bewusstsein, und auch die Klage, die Richterschaft übertreibe es mit der Kontrolldichte und missachte die Spielräume der Verwaltung, ist jedenfalls heute nur noch selten zu hören.



Die Erwartungen und Perspektiven, die mit der Einrichtung der neuen Gerichtsbarkeit verbunden waren, fasste der damalige Ministerpräsident Karl Arnold bei der Eröffnung des Oberverwaltungsgerichts in Münster am 31.08.1949 in folgende Worte:

„In welchem starkem Ausmaß die Öffentlichkeit die Aufnahme der Tätigkeit der Verwaltungsgerichte erwartet, zeigen die rückständigen Sachen, die bei den 7 Landesverwaltungsgerichten beim Ablauf des vorigen Monats über 3000 betragen, zeigen die anhängigen Berufungen und Beschwerden, die zum selben Zeitpunkt ungefähr 200 betragen, und zeigen vor allen Dingen die monatlich zahlenmäßig ansteigenden Neueingänge von Verwaltungsklagen....Denn die Aufgabe, die der Verwaltungsgerichte harret, ist ungeheuer bedeutungsvoll. Ist doch der einzelne Staatsbürger vor dem Zugriff jeder Behörde, der auf einen einzelnen Verwaltungsakt begründet ist, dadurch geschützt, daß er die Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsaktes einer richterlichen Entscheidung unterbreiten kann.“

In der Tat nahmen die Bürgerinnen und Bürger das Angebot, das ihnen der Rechtsstaat mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit machte, von Anfang an intensiv wahr. Schon in den ersten 20 Jahren gingen bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz landesweit jährlich bis zu 20 000 Verfahren ein. In den folgenden Jahrzehnten und bis in die Gegenwart verdoppelten, verdreifachten und vervierfachten sich diese Zahlen. 1994 und 2017 lagen die Eingänge in der ersten Instanz sogar jeweils über 110 000 Verfahren.

In den Anfangsjahren war die richterliche Arbeit zu einem großen Teil durch Maßnahmen zur Bewältigung der Kriegsfolgen geprägt. Die Gerichte waren vor allem mit Fragen des Preis- und Flüchtlingsrechts, der Wohnraumbewirtschaftung, des Rechts der Heimkehrer und des Lastenausgleichs befasst. Selbst noch im Jahr 1958 entfiel nahezu die Hälfte der beim Oberverwaltungsgericht anhängigen Berufungen auf sogenannte Kriegsfolgesachen. Der gleichzeitig einsetzende Wiederaufbau und das Wirtschaftswachstum führten dazu, dass auch bau- und abgabenrechtliche Verfahren alsbald zum Tagesgeschäft der Gerichte gehörten.

Auch in den folgenden Dekaden waren manche Häufungen von Rechtsstreitigkeiten ein Spiegel und Brennglas der Zeitgeschichte. Der starke Anstieg der Verfahren wegen Kriegsdienstverweigerung in den 1970er-Jahren wäre ohne den Vietnamkrieg und die Spuren, welche die „68er-Bewegung“ in der Gesellschaft hinterlassen hatte, wohl nicht vorstellbar gewesen. Ein Kind dieses Jahrzehnts waren auch die sprunghaft anwachsenden Studienplatzklagen, letztlich eine Auswirkung des durch Bildungsreformen erleichterten Hochschulzugangs einerseits und des zur Mangelverwaltung eingeführten Numerus clausus andererseits. Im Gefolge zunehmender Migrationsbewegungen ging dann erstmals 1987 mit rund 13 000 Verfahren eine bis dahin nicht gekannte Zahl von Asylklagen ein. Vor allem der Zerfall Jugoslawiens und die dadurch ausgelösten Kriege trugen dazu bei, dass in den Jahren 1993 und 1994 bei den Verwaltungsgerichten landesweit jeweils knapp 50 000 neue Asylklagen erhoben wurden und auch die anderen Geschäftsjahre dieses Jahrzehnts von ungewohnt hohen Asyleingängen geprägt waren.

Zum Beginn des Jahres 2005 mussten die Verwaltungsgerichte dann eine erhebliche und bis dahin beispiellose Beschneidung ihres angestammten Zuständigkeitskatalogs hinnehmen. Im Zusammenhang mit den Hartz-IV-Reformen und als Ergebnis einer nächtlichen Sitzung des Vermittlungsausschusses wurde die Bearbeitung sozialhilferechtlicher Streitigkeiten völlig überraschend den Sozialgerichten übertragen. Die zu dieser Zeit bereits entbrannte und jahrelang geführte politische Debatte über eine Zusammenlegung der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten brachte in den Jahren 2004 und 2006 Gesetzentwürfe hervor, versandete letztlich aber ohne Änderung des Status quo. Der Zuständigkeitsverlust und andere Entwicklungen vor allem im Asylbereich führten 2005 und in den folgenden Jahren zu einem erheblichen Rückgang der Eingangszahlen mit der Konsequenz, dass in dieser Zeit nur vereinzelt junge Richterinnen und Richter neu eingestellt werden konnten. Es gab gewissermaßen „weiße Jahrgänge“.

Der zweite gewaltige Anstieg an Asylklagen ab 2016 ist bis heute in frischer Erinnerung. Noch bevor diese Verfahren (allein 2017 rund 80 000 Neueingänge) vollständig abgearbeitet werden konnten, drängte im Jahr 2020 mit dem Infektionsschutzrecht eine Materie in den Vordergrund, die bis dahin eher ein Nischendasein im breiten Spektrum des Verwaltungsrechtsschutzes geführt hatte. Die Coronapandemie erwies sich als Nagelprobe für die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats, dessen Erosion mancher angesichts freiheitseinschränkender Maßnahmen befürchtete. Auch in diesen Krisen Jahren haben die nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichte ohne Abstriche Rechtsschutz gewährt. Der Jahresbericht 2020 des Oberverwaltungsgerichts stellte treffend fest: „Einen Lockdown der Verwaltungsgerichtsbarkeit gab es nicht.“

Gegenwärtig und auch weiterhin sind Fragen des Klimaschutzes und der Energiewende für unsere Gesellschaft von besonderer Bedeutung. So verwundert es nicht, dass inzwischen drei Senate des Oberverwaltungsgerichts in Rechtsstreitigkeiten über die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen entscheiden, darunter – seit Juli 2022 – ein zusätzlich eingerichteter Senat, der sich vornehmlich mit solchen Verfahren befasst. Mit diesem Zuwachs an richterlicher Arbeitskraft kann in diesen Streitsachen ein zügiger Rechtsschutz gewährleistet werden. Leider trifft das für zahlreiche andere Verfahren, die bei den Gerichten eingehen, nicht zu. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit steht seit jeher wegen zu langer Verfahrenslaufzeiten in der Kritik. Hierfür mag es im Einzelfall unterschiedliche Gründe geben. Die aktuell ungünstige Gesamtsituation beruht aber ersichtlich darauf, dass die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit – wie schon in den 1990er-Jahren – für eine zügige Erledigung der immensen Asyleingänge in den Jahren 2016/17 trotz der tatkräftigen Unterstützung aus den anderen Gerichtsbarkeiten keine ausreichende Personalstärke hatte und damit Rückstände und unbefriedigende Verfahrensdauern vorprogrammiert waren. Angesichts der inzwischen erneut steigenden Asyleingänge wäre es deshalb umso wichtiger, dass der Haushaltsgesetzgeber auf den in den nächsten drei Jahren an sich vorgesehenen Stellenabbau in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (über 60 Richterstellen und rund 120 Beamten- und Arbeitnehmerstellen) bis auf Weiteres verzichtet und zugleich neue Stellen schafft. Zwar stehen auch die Gerichtsleitungen und die Richterschaft im ständigen Austausch darüber, wie durch strukturelle und organisatorische Maßnahmen schon mit den vorhandenen Mitteln mehr Erledigungen und kürzere Laufzeiten erreicht werden können, ohne Abstriche bei der Qualität des effektiven Rechtsschutzes zu machen. Die Möglichkeiten sind aber nach ihrer Art und Wirkung überaus begrenzt, zumal die Komplexität des anzuwendenden Rechts immer mehr zunimmt.

Der vorstehende Überblick über Rechtsprechungsschwerpunkte der vergangenen Jahrzehnte vermittelt naturgemäß nur ein äußerst lückenhaftes Bild von 75 Jahren verwaltungsgerichtlicher Tätigkeit in Nordrhein-Westfalen. Dennoch macht er deutlich, wie wichtig und unverzichtbar eine funktionierende Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Einzelnen und für das Gemeinwesen ist. Von der Personalverwaltung, vom Wandel der Arbeitsbedingungen und der Arbeitskultur, der Organisation und Struktur der Gerichte und vielem mehr kann hier nicht mehr berichtet werden. Aber auch in diesen Bereichen war und ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit stets am Puls der Zeit.

Im Sommer 1949 nahmen eine Richterin, 47 Richter und entsprechend viele Angehörige anderer Dienstzweige (ihre Zahl ließ sich nicht ermitteln) die Arbeit an den sieben Verwaltungsgerichten und dem Oberverwaltungsgericht auf. Mit der wachsenden Inanspruchnahme der Gerichte ist der Personalbestand schnell um ein Vielfaches gewachsen. Heute sind in der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit 538 Richterinnen und Richter sowie 584 Beamtinnen, Beamte und Beschäftigte in den Gerichtsverwaltungen, den Serviceeinheiten, den Wachtmeistereien, den Hausmeisterdiensten sowie in der Informations- und Dokumentationsstelle tätig. Hinzu kommen 2.283 ehrenamtliche Richterinnen und Richter. Mit ihrem großen Engagement leisten sie alle ihren eigenen Beitrag zur Verwirklichung der Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes und der Durchsetzung unserer Rechtsordnung – im Interesse des Einzelnen und der Allgemeinheit.

Die folgenden Abhandlungen widmen sich der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihrer Rechtsprechung mit einem thematisch breiten Spektrum. Den Autorinnen und Autoren – aus der Lehre, der Anwaltschaft, der Verwaltung und allen Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit – gebührt besonderer Dank für ihre Beiträge. Ebenso danke ich dem Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen Dr. Benjamin Limbach und der Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb für ihre an die Jubilarin adressierten Grußworte. Nicht zuletzt gilt mein Dank dem Richard Boorberg Verlag, der die Herausgabe dieses Sonderhefts der Nordrhein-Westfälischen Verwaltungsblätter ermöglicht hat.



Sebastian Beimesche  
Vizepräsident des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen

## Eine kurze Geschichte des Neubeginns

### Schlaglichter auf die Anfänge der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Von Sebastian Beimesche, Vizepräsident des Oberverwaltungsgerichts und Jörg Sander, Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht, Münster

*Der Beitrag beleuchtet die Anfänge der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Er greift in Teilen auf die weitgehend in Vergessenheit geratene Dokumentation zu ihrem 20-jährigen Bestehen<sup>1</sup> und die Festschrift zum 50-jährigen Bestehen<sup>2</sup> zurück. Vor allem die 1969 noch nahe am Geschehen erstellte Dokumentation vermittelt ein lebendiges Bild davon, wie nach dem Ende des NS-Regimes und seines Staatsapparates der Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer heutigen Gestalt beraten und ins Werk gesetzt wurde. Diese Vorgänge werden nachfolgend in Erinnerung gerufen. Dabei wird auch die Frage behandelt, wie sich die Richterschaft der ersten Stunde zusammensetzte und wie in Personalangelegenheiten mit der nationalsozialistischen Vergangenheit umgegangen wurde. Viele der zur Sprache kommenden Grundsatzdiskussionen, Herausforderungen und Gegebenheiten der ersten Jahre sind inzwischen Geschichte, einige Themen – wie etwa die Verfahrenlaufzeiten und eine auskömmliche Personalausstattung – beschäftigen die Verwaltungsgerichtsbarkeit jedoch dauerhaft und bis heute.*

#### I. Phasen des organisatorischen Neuaufbaus

##### 1. Ausgangslage 1945

Nachdem die westalliierten Streitkräfte im September 1944 die ersten deutschen Landstriche eingenommen hatten, ordneten sie durch das Gesetz Nr. 2 der Militärregierung<sup>3</sup> die Schließung aller Gerichte innerhalb des besetzten Gebiets an und erklärten die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit nur nach schriftlicher Anweisung für zulässig. Damit kam es zunächst zum vollständigen Stillstand (auch) der Verwaltungsrechtspflege, deren eigenständige Entwicklung in Deutschland bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts zurückreicht<sup>4</sup>. Diese war in Preußen vor allem durch zwei Elemente gekennzeichnet: die personelle und organisatorische Verflechtung der Rechtsprechungsorgane unterer und mittlerer Instanz (Kreis- bzw. Stadt- und Bezirksverwaltungsgerichte) mit den entsprechenden Behörden der inneren Verwaltung<sup>5</sup> und die Beschränkung des Rechtsschutzes auf die „in den Gesetzen bezeichneten Streitsachen“<sup>6</sup> (sog. Enumerationsprinzip); eine uneingeschränkte gerichtliche Zuständigkeit bestand lediglich bereichsspezifisch wie im Fall der §§ 127 f. LVG<sup>7</sup> für die Anfechtung polizeilicher Verfügungen der Orts- und Kreispolizeibehörden<sup>8</sup>.

##### 2. Wiedereröffnung der Bezirksverwaltungsgerichte 1946

Der Stillstand der Rechtspflege nach Kriegsende währte allerdings nur kurze Zeit. In der amerikanischen Besatzungszone hatte im September 1945 auf Aufforderung der amerikanischen Militärregierung ein Ausschuss unter dem Vorsitz Walter Jellineks mit der Ausarbeitung eines Entwurfs zu einem Verwaltungsgerichtsgesetz (sog. Heidelberger Entwurf) begonnen, auf dessen Grundlage die süddeutschen Länder Bayern, Württemberg-Baden und Hessen bereits im Herbst 1946 übereinstimmende Verwaltungsgerichtsgesetze erlassen konnten.<sup>9</sup> Anders entwickelten sich die Dinge in der britischen Besatzungszone und damit auch im Gebiet des heutigen Nordrhein-Westfalens, wo sich die Briten die Zuständigkeit zur Regelung dieser Materie bis zur Beendigung des Besatzungsregimes vorbehalten hatten.<sup>10</sup>

Bereits vor der Bildung des Landes Nordrhein-Westfalen<sup>11</sup> am 23.08.1946 durch die Militärregierungsverordnung Nr. 46<sup>12</sup> erteilte die britische Militärregierung den Oberpräsidenten der

Nord-Rheinprovinz<sup>13</sup> und der ehemaligen preußischen Provinz Westfalen den Auftrag, die Wiederaufnahme der Verwaltungs-

- 1 Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Land Nordrhein-Westfalen 1945 – 1969, Dokumentation, OVGE-Sonderband, hrsg. vom Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts NRW, 1970.
- 2 Verwaltungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen 1949 – 1999, Festschrift, hrsg. vom Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts NRW, 1999.
- 3 Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Kontroll-Gebiet der 21. Armeegruppe Nr. 3 S. 4. Wie dem Vorwort des Amtsblatts zu entnehmen ist, war das undatierte Gesetz vor dem 18.09.1944, dem Tag der ersten tatsächlichen Besetzung des deutschen Reichsgebiets, erlassen worden und erlangte von diesem Zeitpunkt an nach dem Stand der Besetzung sukzessive Geltung.
- 4 Diese wird in allen Details nachgezeichnet im zweiten Teil des ersten Bands des von Sommermann/Schaffarzik herausgegebenen Handbuchs der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, 2019; siehe ferner für einen Überblick über die historische Entwicklung der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit etwa Pagenkopf, 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 2014.
- 5 Vgl. dazu Schieren, Die Neuordnung der Verwaltungsrechtspflege in der britischen Zone, 1949, S. 6 ff.
- 6 § 1 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 03.07.1875 (GS S. 375) in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.08.1880 (GS S. 327).
- 7 Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30.07.1883 (GS S. 195).
- 8 Vgl. dazu Merten, Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Band 1, 2019, S. 238 f.; Pagenkopf (Fn. 4), S. 42 ff.
- 9 Vgl. Niedobitek, Die Neugründung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Westdeutschland ab 1945, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Band 1, 2019, S. 926.
- 10 Speziell zur Entwicklung in Nordrhein-Westfalen siehe Dokumentation (Fn. 1), S. 13 ff.; ferner für die gesamte britische Besatzungszone Niedobitek (Fn. 9), S. 930 ff.
- 11 Damals noch „Nordrhein/Westfalen“.
- 12 Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet (ABl. Mil. Reg.) Nr. 13 S. 305. Das bis dahin noch selbstständige Land Lippe wurde erst durch die Verordnung Nr. 77 der britischen Militärregierung (ABl. Mil. Reg. Nr. 16 S. 411) mit Wirkung vom 21.01.1947 nach Nordrhein-Westfalen eingegliedert.
- 13 Diese umfasste den Nordteil der preußischen Rheinprovinz mit den Regierungsbezirken Aachen, Düsseldorf und Köln, während der Südteil bestehend aus den Regierungsbezirken Koblenz und Trier Teil der französischen Besatzungszone geworden war.

rechtspflege zu organisieren. Diese erließen daraufhin „auf Veranlassung der Militärregierung“ unter dem 29.03.1946<sup>14</sup> bzw. 02.08.1946<sup>15</sup> im Wesentlichen gleichlautende Verordnungen über die Wiederaufnahme der Tätigkeit der Verwaltungsgerichte, die insbesondere Zuständigkeit, Organisation und Verfahren der Gerichte regelten. Auf dieser Grundlage wurden die Bezirksverwaltungsgerichte für die nord-rheinischen Regierungsbezirke Aachen, Düsseldorf und Köln am 01.04.1946 und für die westfälischen Regierungsbezirke Arnsberg, Minden und Münster am 07.08.1946 wiedereröffnet. Die bereits in der NS-Zeit durch den Erlass über die Vereinfachung der Verwaltung vom 28.08.1939<sup>16</sup> und die dazu ergangene zweite Verordnung vom 06.11.1939<sup>17</sup> aufgehobenen Stadt- und Kreisverwaltungsgerichte blieben hingegen geschlossen. Ebenso wurde auf die Errichtung eines Berufungsgerichts verzichtet.<sup>18</sup>

Die Bezirksverwaltungsgerichte waren zuständig für alle Sachen, die nach der vor dem 30.01.1933 bestehenden Rechtslage entweder Verwaltungsstreitverfahren oder Beschlussverfahren waren. Sie hatten also neben ihrer eigentlichen rechtsprechenden Tätigkeit (Verwaltungsstreitverfahren) auch Aufgaben der allgemeinen inneren Verwaltung zu erfüllen (Beschlussverfahren<sup>19</sup>). Zugleich blieb es einstweilen bei der Geltung des Enumerationsprinzips, das die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme von Polizeisachen nicht durch eine Generalklausel, sondern durch Aufzählung bestimmte. Nicht wiederhergestellt wurde hingegen die historische Anbindung an die Verwaltung. Vielmehr war jeweils ausdrücklich geregelt, dass das Verwaltungsgericht und seine Mitglieder nur dem Gesetz unterworfen waren und der Regierungspräsident weder Mitglied des Verwaltungsgerichts sein noch im Gericht einen Vertreter haben durfte. Die Selbstständigkeit der Bezirksverwaltungsgerichte und die Tendenz, sie jeder Beeinflussung vonseiten der Verwaltung zu entziehen, wurden noch besonders betont durch ihre unmittelbare Unterstellung unter die Dienstaufsicht des Oberpräsidenten (in den ehemals preußischen Provinzen), sodass dem Regierungspräsidenten auch insoweit der Einfluss auf ihre Tätigkeit genommen war.<sup>20</sup>

Im ehemals selbständigen Land Lippe wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit erst nach dessen Eingliederung wieder aufgenommen. Dort trat am 05.03.1947 eine vom Landespräsidenten von Lippe und vom Ministerpräsidenten von Nordrhein-Westfalen erlassene Verordnung<sup>21</sup> in Kraft, mit der das Verwaltungsgericht des Regierungsbezirks Minden für zuständig erklärt wurde, bis auf Weiteres alle Rechtsstreitigkeiten, die im Gebiet Lippe ihren Ursprung hatten, zu verhandeln. Zu diesem Zweck wurde eine Nebenstelle in Detmold geschaffen.

### 3. Berlin, Hamburg, Herford – Etappen auf dem Weg zu einer modernen Verwaltungsgerichtsordnung

Die Einrichtung der Bezirksverwaltungsgerichte, insbesondere deren personelle Besetzung, war von vornherein als vorläufige Maßnahme gedacht. Durch Gesetz Nr. 36 vom 10.10.1946<sup>22</sup> ordnete der Kontrollrat<sup>23</sup> die Wiedererrichtung von Verwaltungsgerichten in den einzelnen Besatzungszonen und Berlin an und übertrug den Zonenbefehlshabern bzw. für Berlin der Alliierten Kommandantur die Ausführung. Vor diesem Hintergrund fanden im November 1946 und im Juli 1947 Besprechungen der damaligen Verwaltungsgerichtspräsidenten aus der gesamten britischen Zone mit Vertretern der Rechtsabteilung der britischen Militärregierung („Legal Division“) statt, in denen grundlegende Fragen einer Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit beraten wurden. Als wichtigste Aufgabe sahen die Teilnehmer den Entwurf einer einheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung für die gesamte britische Besatzungszone an. Die Mehrheit sprach sich für eine zweistufige Gerichtsbarkeit innerhalb der einzelnen Länder aus, wobei die Funktion des Obergerichts als zweite Tatsachen- oder als Revisionsinstanz ebenso

wie die Frage einer länderübergreifenden Zuständigkeit zunächst offenblieb. Ebenfalls mehrheitlich wurde – entsprechend der Regelung in der amerikanischen Zone – eine Kammerbesetzung mit drei Berufs- und zwei Laienrichtern befürwortet. Einhellige Auffassung war es, die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht dem Justizminister, sondern der Dienstaufsicht des Ministerpräsidenten zu unterstellen, um so eine klare Trennung sowohl im Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit als auch zur inneren Verwaltung herbeizuführen. Schließlich erschien die Einführung der Generalklausel (mit gewissen Einschränkungen) ebenso erforderlich wie die Entlastung der Verwaltungsgerichte von Verwaltungsaufgaben.<sup>24</sup>

Darüber hinaus berief die britische Militärregierung im Juni 1947 bei der Legal Division in Herford einen Beratenden Ausschuss für öffentliches Recht, der in mehreren Gesamtbesprechungen und Unterausschusssitzungen den Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung erarbeitete. Für ihre Beratungen hatten die Ausschussmitglieder bestehend aus Richtern<sup>25</sup>, Ministerialbeamten und Rechtsprofessoren<sup>26</sup> von der Legal Division ein Papier<sup>27</sup> mit Instruktionen für die allgemeinen Grundsätze der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone erhalten. Der Unterausschuss erarbeitete im August 1947 in Berlin in Anlehnung an den Heidelberger Entwurf den „Berliner Entwurf“<sup>28</sup>, der sich unter anderem für die Ausübung der Dienstaufsicht durch den Ministerpräsidenten aussprach. In seiner zweiten Gesamtbesprechung im September 1947 befasste sich der Beratende Ausschuss mit dem Berliner Entwurf. Dabei lehnte er einen Vorstoß der Ministerpräsidenten, die Tätigkeit der Wirtschafts- und der Ernährungsämter sowie die Wohnungszwangswirtschaft einstweilen von der geplanten Generalklausel auszunehmen, um bei der allgemeinen Notlage eine „Lähmung der Verwaltung“ zu verhindern, mit der Erwägung ab, dass in den „erwähnten Gebieten eine besondere Korruptionsgefahr bestehe,

14 Mitteilungs- und Verordnungsblatt (MuVBl.) des Oberpräsidenten der Nord-Rhein-Provinz S. 161; abgedruckt auch bei *van de Sandt*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 1949, S. 190 ff.

15 MuVBl. des Oberpräsidenten der Provinz Westfalen S. 73; abgedruckt auch bei *van de Sandt* (Fn. 14), S. 233 ff.

16 RGBl. I S. 1535.

17 RGBl. I S. 2168.

18 Das Preußische Oberverwaltungsgericht war bereits mit Ablauf des 30.04.1941 aufgelöst und zusammen mit anderen Gerichten und bestimmten Reichspruchkörpern in das durch Führererlass vom 03.04.1941 (RGBl. I S. 201) errichtete Reichsverwaltungsgericht überführt worden.

19 Diese betrafen etwa die Erteilung von Genehmigungen oder Konzessionen nach der Gewerbeordnung und in Wasserrechtssachen, vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 14 f.; ferner *Schieren* (Fn. 5), S. 6 f.

20 Vgl. *Klinger*, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 2. Aufl. 1953, S. 4 f. Anders als in Westfalen musste allerdings in der Nord-Rhein-Provinz der Präsident des Verwaltungsgerichts Verwaltungsbeamter sein, wodurch sich insoweit nach wie vor eine gewisse Verbindung mit der „tätigen“ Verwaltung ergab, vgl. dazu *Niedobitek* (Fn. 9), S. 933.

21 Verordnung über die Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen und Angelegenheiten des öffentlichen Rechts im Lande Lippe vom 06.02.1947 (GV. NW. S. 45).

22 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (Abl. Kontr. Rat) Nr. 11 S. 183.

23 Mit der sog. Berliner Erklärung vom 05.06.1945 (Abl. Mil. Reg. Nr. 5 S. 22) hatten die vier alliierten Mächte offiziell die „oberste Regierungsgewalt“ für Deutschland übernommen. Als höchste Regierungsgewalt setzten sie den Kontrollrat ein, der am 30.07.1945 in Berlin zu seiner konstituierenden Sitzung zusammentrat und dessen Mitglieder die Oberbefehlshaber der vier Siegermächte waren.

24 Siehe Dokumentation (Fn. 1), S. 16 sowie Anlagen 2 und 3.

25 Den Vorsitz führte der Präsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts und des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts Herbert Ruscheweyh, vgl. *Klinger* (Fn. 20), S. 5 f.

26 Diese waren der spätere Bundesverfassungsrichter Ernst Friesenhahn und Hans Julius Wolff, der später viele Jahre Richter im Nebenamt am Oberverwaltungsgericht in Münster war.

27 Siehe Dokumentation (Fn. 1), Anlage 4.

28 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 17.

der man mit allen Mitteln begegnen müsse“.<sup>29</sup> Im zeitlichen Anschluss an diese Beratungen erstellte ein aus Mitgliedern des Beratenden Ausschusses gebildeter Redaktionsausschuss im Dezember 1947 in Hamburg eine weitere Fassung für eine zonen-einheitliche Verwaltungsgerichtsordnung („Hamburger Entwurf“<sup>30</sup>), die sodann vom Beratenden Ausschuss im Januar 1948 in Herford ausführlich diskutiert und überarbeitet wurde<sup>31</sup>.

Die Verabschiedung des Anfang 1948 fertiggestellten sog. Herforder Entwurfs<sup>32</sup> verzögerte sich, weil die britische Militärregierung sich ohne vorherige Verständigung mit der amerikanischen Militärregierung auf ein einheitliches Vorgehen nicht dazu entschließen konnte, einen in dem Entwurf für ihren Zonenbereich vorgesehenen obersten Verwaltungsgerichtshof als Revisionsinstanz zu errichten.<sup>33</sup> Vor diesem Hintergrund erließ die britische Militärregierung im Sinne einer „Zwischenlösung“<sup>34</sup> die Militärregierungsverordnung Nr. 141<sup>35</sup>, die am 01.04.1948 in Kraft trat. Diese Verordnung führte für die britische Besatzungszone erstmals die Generalklausel für Anfechtungs- und Vornahmeklagen ein, sicherte den Rechtsweg für Streitigkeiten zwischen Selbstverwaltungskörperschaften und Aufsichtsbehörde und brachte schließlich die „von der Richterschaft ersehnte“<sup>36</sup> Befreiung der Verwaltungsgerichte von verwaltungsmäßigen Aufgaben, insbesondere den Beschlussachen, die auf neu eingerichtete Beschlusausschüsse übergingen. In der Folge waren alle Verwaltungsgerichte der britischen Besatzungszone nur noch mit Aufgaben der Rechtsprechung beauftragt.<sup>37</sup>

Mit der Einführung der Generalklausel, die man als Vorläufer des § 40 der Verwaltungsgerichtsordnung bezeichnen kann, stellte die MRVO Nr. 141 einen „Markstein“<sup>38</sup> auf dem Weg zu einer umfassenden Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Besatzungszone<sup>39</sup> dar. Da ihre uneingeschränkte Geltung behördenseitig vielfach die Besorgnis einer „Lähmung der Verwaltung“ hervorrief, beantragten die Innenminister der Länder Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen bei der Militärregierung, hoheitliche Maßnahmen auf den Gebieten des Dienststraf-, Beamten-, Wohnungs-, Preisbildungs- und Preisüberwachungs- oder Zwangsbewirtschaftungsrechts wenigstens vorübergehend von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auszuschließen.<sup>40</sup> Dieser Antrag wurde am 16.08.1948 vom Chief Legal Officer des Land Legal Department in Düsseldorf wie folgt ablehnend beschieden:

„Die Legal Division würde hierzu nicht raten in allen den Fällen, wo (...) Schwierigkeiten lediglich vermutet werden oder (...) durch irgendeine Maßnahme, wie z. B. durch Vermehrung der Anzahl der Richter, überwunden werden könnten. (...) [Es muß] erkannt werden, daß die Generalklausel einen völlig neuen Ausblick in das öffentliche Recht eröffnet, und die Aufhebung gerichtlicher Zuständigkeit nur dort in Betracht gezogen werden kann, wo es sich um einen Notstand handelt, der wirklich ganz außergewöhnlicher und sehr ernster Natur ist.“<sup>41</sup>

#### 4. Die Militärregierungsverordnung Nr. 165

Am 15.09.1948 trat schließlich die Militärregierungsverordnung Nr. 165<sup>42</sup> in Kraft und schloss den Reformprozess in den Ländern der britischen Besatzungszone ab.<sup>43</sup> Sie entsprach weitgehend dem Entwurf des Beratenden Ausschusses, den dieser im Wesentlichen den Ländergesetzen der amerikanischen Zone nachgebildet hatte.<sup>44</sup> In ihrem § 1 Abs. 1 wurde die Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten „unabhängigen, nur dem Gesetz unterworfenen und von den Verwaltungsbehörden getrennten Gerichten“ übertragen. Damit war die frühere Verflechtung zwischen den Verwaltungsgerichten und den entsprechenden Behörden der inneren Verwaltung durch die Errichtung selbstständiger Verwaltungsgerichte endgültig aufgehoben und zugleich den Bestrebungen zur Vereinheitlichung der Rechtspflege eine Absage erteilt.<sup>45</sup> Der Gerichts Aufbau in den

Ländern war zweistufig (§ 2). Die Kammerbesetzung an den Landesverwaltungsgerichten<sup>46</sup> bestand aus zwei Berufs- und drei (!) Laienrichtern (§ 3 Abs. 2).<sup>47</sup> Als Berufungsinanz konnte in jedem Land ein Oberverwaltungsgericht angerufen werden, dessen Senate mit drei Berufsrichtern und bei – fakultativer – landesgesetzlicher Regelung zwei Laienrichtern zu entscheiden hatten (§ 4 Abs. 2 und 3). Von dieser Befugnis machte die nordrhein-westfälische Landesregierung in § 1 des Ausführungsgesetzes vom 18.03.1949<sup>48</sup> Gebrauch. Die oberste Dienstaufsicht übte der Ministerpräsident des jeweiligen Landes aus (§ 9 Abs. 2). Die bereits in der MRVO Nr. 141 enthaltene Generalklausel wurde übernommen (§ 22). Um die zur Durchführung der MRVO Nr. 165 erforderlichen gesetzgeberischen und organisatorischen Maßnahmen möglichst aufeinander abzustimmen, bildeten die Länder der britischen Besatzungszone eine Arbeitsgemeinschaft, die unter anderem über die Errichtung eines gemeinsamen Oberverwaltungsgerichts beriet.<sup>49</sup> Geschaffen wurde ein solches mit Wirkung vom 01.04.1949 letztlich aber nur für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein.<sup>50</sup>

#### 5. Die Geburtsstunde der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Übergangsphase vom Inkrafttreten der MRVO Nr. 165 bis zur Schaffung der dort vorgesehenen Gerichtsorganisation, insbesondere der personellen und sachlichen Grundausrüstung, endete in Nordrhein-Westfalen im Sommer 1949. Durch Verordnung vom 06.07.1949<sup>51</sup> errichtete die Landesregierung mit

29 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 18 und Anlage 9, S. 176.

30 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 18 und Anlage 10.

31 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 18 und Anlage 11.

32 Vgl. *Niedobitek* (Fn. 9), S. 936; *Schiffmann*, Die Bedeutung der ehrenamtlichen Richter bei Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1974, S. 68.

33 Siehe Dokumentation (Fn. 1), S. 19; dazu auch *Klinger* (Fn. 20), S. 6.

34 So *Klinger* (Fn. 20), S. 6.

35 ABl. Mil. Reg. Nr. 23 S. 719.

36 So Dokumentation (Fn. 1), S. 19.

37 Vgl. *Klinger* (Fn. 20), S. 7.

38 *Klinger* (Fn. 20), S. 6; vgl. ferner auch *Niedobitek* (Fn. 9), S. 936.

39 In den 1946 erlassenen süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen war die Generalklausel schon enthalten.

40 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 20 f.

41 Zitiert nach Dokumentation (Fn. 1), S. 21.

42 ABl. Mil. Reg. Nr. 24 S. 799. Näher zu dieser Dokumentation (Fn. 1), S. 21 f.; ferner eingehend zum Inhalt auch die zusammenfassende Darstellung bei *Schieren* (Fn. 5), S. 17 ff.

43 Die MRVO Nr. 165 und die durch sie nicht aufgehobenen Teile der MRVO Nr. 141 galten bis zum Inkrafttreten der VwGO im Jahr 1960, die sie in § 195 Abs. 2 Nr. 2 aufhob.

44 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 21; zu Unterschieden zum Entwurf des Beratenden Ausschusses siehe *Klinger* (Fn. 20), S. 7.

45 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 22; siehe auch *Klinger* (Fn. 20), § 1 MRVO 165, S. 53, wonach die Verwaltungsgerichtsbarkeit fortan „echte“ Gerichtsbarkeit war; dort (S. 52 f.) auch zur Diskussion um die Selbstständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Selbstständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre institutionelle Eigenständigkeit wurden in Nordrhein-Westfalen später durch Art. 74 Abs. 2 der Landesverfassung vom 28.06.1950 (GV. NW. S. 127) garantiert.

46 Bis zur Errichtung der Landesverwaltungsgerichte übten die bestehenden Bezirksverwaltungsgerichte in ihren bisherigen Strukturen die Aufgaben eines „Landesverwaltungsgerichts“ aus (§ 109).

47 Die Besetzung der Kammern mit zwei Berufsrichtern und drei ehrenamtlichen Mitgliedern wurde schon nach kurzer Zeit allgemein als verfehlt angesehen, zum einen wegen der Gefahr einer Majorisierung der Berufsrichter durch die Laienrichter und zum anderen wegen ihrer notwendigen Mitwirkung auch an allen einer Endentscheidung vorausgehenden Beschlüssen. Erst mit dem Inkrafttreten der VwGO trat 1960 insoweit eine Änderung ein.

48 GV. NW. S. 196.

49 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 25.

50 Vgl. *Niedobitek* (Fn. 9), S. 938 f.

51 GV. NW. S. 196.

Wirkung vom 30.07.1949 das Oberverwaltungsgericht mit Sitz in Münster und die Landesverwaltungsgerichte. Zu den bisher sechs erstinstanzlichen Gerichten kam ein weiteres in Gelsenkirchen hinzu, dessen Bezirk Gebietsteile umfasste, die zuvor zum Zuständigkeitsbereich der Bezirksverwaltungsgerichte in Arnsberg, Düsseldorf und Münster gehört hatten. Alle bisherigen, übergangsweise tätigen Spruchkörper waren bereits durch Erlass des Ministerpräsidenten am Vortag aufgelöst worden. Der 30.07.1949 wird seitdem als Geburtsstunde der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit angesehen.

## II. Wie die Gerichte ihre Arbeit aufnehmen

Das Oberverwaltungsgericht wurde am 31.08.1949 von Ministerpräsident Karl Arnold eröffnet. Im selben Monat hatten auch bereits die Landesverwaltungsgerichte ihre Tätigkeit aufgenommen. Alle Gerichte sahen sich bei Beginn ihrer Tätigkeit vielfachen Schwierigkeiten gegenüber, die im „Jahresbericht 1949 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Lande Nordrhein-Westfalen“<sup>52</sup> eingehend beschrieben sind. Dort werden neben anfänglichen und teils anhaltenden Unzulänglichkeiten bei der räumlichen Unterbringung sowie zahlreichen Mängeln der sachlichen Ausstattung vor allem zwei wesentliche Punkte genannt: zum einen die Stellenbesetzung bei den Richtern und im Unterstützungsbereich, zum anderen die Geschäftsbelastung. Die Einführung der Generalklausel hatte die Zahl der Verfahren stark ansteigen lassen<sup>53</sup>, ohne dass die Gerichte darauf personell und organisatorisch vorbereitet gewesen waren. Nach einem Bericht des Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts, Dr. Paulus van Husen, an den Ministerpräsidenten vom 14.07.1950 betreffend den Stellenplan für die Landesverwaltungsgerichte (offenbar hatte der Landesrechnungshof angeregt, für die Verwaltungsgerichtsbarkeit Pensenzahlen einzuführen) bestand aufgrund „der unsagbar schlechten Organisation der Verwaltungsgerichte vor Einführung der MRVO 165“ bereits am 01.09.1949 ein von den „neuen“ Gerichten zu übernehmender Rückstand von rund 4000 Fällen, der kaum ein Jahr später auf rund 6000 Fälle angewachsen war.<sup>54</sup> Bei den Landesverwaltungsgerichten waren bis Ende 1949 insgesamt nur rund 40 Richterstellen besetzt worden. In der Folge konnte bei keinem der Verwaltungsgerichte die Erledigung der Fälle mit den Eingängen Schritt halten, zumal auch weiterhin zusätzliche Stellen nur zögernd und nicht im nötigen Umfang bewilligt wurden.<sup>55</sup> Die daraus resultierenden Verfahrenslaufzeiten riefen bereits früh Kritik und Enttäuschungen aufseiten der Beteiligten hervor, die bei einem Prozessvertreter Ende 1949 in der Feststellung mündeten, der Plan des Finanzministers, die Landesverwaltungsgerichte durch einen unzureichenden Etat klein zu halten, um so die Kontrolle der Verwaltung durch die Verwaltungsgerichte zu verhindern oder zu verzögern, sei offensichtlich.<sup>56</sup>

Wie es anfänglich um die Unterbringung der Verwaltungsgerichte bestellt war, veranschaulichen folgende Vorgänge:

Am 15.07.1949, wenige Tage vor Errichtung des Landesverwaltungsgerichts Düsseldorf, überreichte Ministerpräsident Arnold dem designierten Präsidenten Gerwin Horion die Ernennungsurkunde und erteilte zugleich den Auftrag, die organisatorischen und verwaltungstechnischen Voraussetzungen für den Beginn der Rechtsprechung zu schaffen. Auf die Frage nach einer geeigneten Unterbringung erhielt Horion die Antwort, es sei seine Aufgabe, eine solche zu finden. Diese Erklärung ist nur vor dem Hintergrund der großen Zerstörungen in Düsseldorf verständlich. Da dem Gericht zunächst nur einige Räume im Gebäude der Bezirksregierung zur Verfügung standen, wandte sich Horion Anfang Januar 1950 an den Ministerpräsidenten:

„Sobald die 4 Schreibkräfte und die 4 (scl weiteren) Richter ihren Dienst angetreten haben, müssen 3 Richter und 4

Schreibkräfte auf den Gängen (...) untergebracht werden, da die dem Gericht zur Verfügung stehenden Räume so angefüllt sind, daß es technisch nicht möglich ist, noch Schreibische oder Schreibmaschinische (...) unterzubringen (...) Daher diktiert die Richter bereits jetzt auf den Fluren!!! Zimmer 137 ist z. B. wie folgt belegt: 2 Richterinnen, 1 Inspektor als Leiter der Geschäftsstelle, 3 Schreibkräfte mit Schreibmaschinen, eine Kanzleikraft (...) Daß eine vernünftige richterliche Arbeit bei 8-stündigem Schreibmaschinengeklapper nicht möglich ist, bedarf keiner Darlegung.“<sup>57</sup>

Desgleichen sandte der erste Präsident des Landesverwaltungsgerichts Arnsberg, der frühere Rechtsanwalt Franz Thiele, bereits am Tag nach seiner Vereidigung in Düsseldorf am 01.08.1949 einen Brandbrief an den Ministerpräsidenten, in dem er darum bat, dem Gericht einen Besuch abzustatten und sich von der völlig unzulänglichen, sogar lebensgefährlichen Unterbringung zu überzeugen:

„Ich sagte Ihnen bereits, daß im größten Teil unserer Räume zur Zeit bauliche Veränderungen vorgenommen werden, daß wir mitten in diesen Bauarbeiten unseren Dienst versehen, daß das staatliche Hochbauamt vor unseren Diensträumen ein Warnungsschild ‚Lebensgefahr‘ angebracht hat und daß die Bauarbeiter die Arbeiten wegen Wanzen eingestellt haben.“<sup>58</sup>

Weniger Grund zu klagen gab die anfängliche Unterbringung des Oberverwaltungsgerichts in Münster. Da der für das Gericht vorgesehene Heeremansche Hof in der Königsstraße erst wiederhergestellt werden musste, wurde 1949 übergangsweise das ehemalige Offizierskasino der Kürassiere an der Steinfurter Straße 104<sup>59</sup> angemietet. Das durchaus repräsentative Gebäude war zuvor von der britischen Militärpolizei genutzt worden und verfügte über ein intaktes Bad mit Gasheizung. Das Bad wurde allen Gerichtsangehörigen zur Verfügung gestellt gegen Entrichtung von 40 Deutschen Pfennig, davon 10 Pfennig als Anerkennung für die Reinigung des Bades durch die Reinigungsfrauen. Vom Baden wurde reger Gebrauch gemacht. Die Abrechnungen ergeben für 19 Monate nahezu 400 Badbenutzungen. In der Anfangszeit diente dem Präsidenten van Husen sein Dienstzimmer auch als private Unterkunft, bis er Anfang 1950 eine eigene Wohnung bezog.<sup>60</sup>

## III. Anfängliche Tätigkeitsschwerpunkte

Die Schwerpunkte verwaltungsgerichtlicher Tätigkeit waren und sind immer auch ein Spiegel ihrer Zeit. Dementsprechend betraf eine Vielzahl der Klagen aus der Anfangszeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit Materien, die heute keine Rolle mehr spie-

<sup>52</sup> Siehe Dokumentation (Fn. 1), Anlage 16.

<sup>53</sup> Der Jahresbericht 1949 formuliert in diesem Zusammenhang sehr anschaulich: „Der Gedanke des Verwaltungsrechtsschutzes ist noch immer nicht in allen Volkskreisen geläufig, wird aber ständig volkstümlicher. Das beweist die von Monat zu Monat steigende Zahl der neu eingehenden Klagen.“

<sup>54</sup> Vgl. Dokumentation (Fn. 1), Anlage 19, S. 272.

<sup>55</sup> Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 29 f.

<sup>56</sup> Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 29.

<sup>57</sup> Zitiert nach Dokumentation (Fn. 1), S. 68 f.

<sup>58</sup> Zitiert nach Festschrift (Fn. 2), S. 29.

<sup>59</sup> Das noch vorhandene Gebäude wird seit langem ABC-Schützenhof genannt, weil dort seit 1955 das Allgemeine Bürgerschützen Corps der Stadt Münster von 1842 e.V. seinen Sitz hat.

<sup>60</sup> Vgl. Festschrift (Fn. 2), S. 141 f.

len. Beispielhaft hierfür stehen das Wohnraumbewirtschaftungsrecht und das Lastenausgleichsrecht<sup>61</sup>, die ihren Ursprung in dem von Deutschland entfesselten Krieg und seinen Folgen hatten. Letzteres galt auch für die erhebliche Zahl beamtenrechtlicher Verfahren jener Zeit, die auf Überprüfung von Entnazifizierungsverfahren, auf Wiedereinstellung und auf Übernahme von Beamten aus Ost- und Mitteldeutschland in den Dienst der Bundesrepublik und des Landes Nordrhein-Westfalen gerichtet waren.

Infolge der gewaltigen Zerstörungen an Wohnraum und der Flüchtlingsströme bisher unbekanntes Ausmaßes suchten nach Kriegsende allein in den drei Westzonen rund 15 Millionen Menschen (etwa acht Millionen „ausgebombte“ Einheimische und etwa sieben Millionen Flüchtlinge und Vertriebene)<sup>62</sup> eine neue Bleibe. Die Alliierten hatten auf die Notlage mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 18<sup>63</sup> am 08.03.1946 reagiert. Flächendeckend wurden Wohnungsämter eingerichtet, deren Hauptaufgabe darin bestand, freien Wohnraum zu ermitteln und Wohnungssuchenden zuzuteilen. Daraus resultierende Streitigkeiten gegen Erfassungs- und Zuweisungsverfügungen sowie die damit zusammenhängenden Mietpreisverfahren waren für die Verwaltungsgerichtsbarkeit das „Massengeschäft“<sup>64</sup> der ersten Jahre. Beim Landesverwaltungsgericht Düsseldorf etwa entfielen auf das Gebiet der Wohnungszwangswirtschaft im ersten Jahr rund ein Drittel aller Eingänge.<sup>65</sup> Die Verfahren galten wegen der notwendigen Ortstermine nicht nur als aufwendig, sondern auch als menschlich schwierig, weil sie tief in die persönlichen Verhältnisse nicht nur der Wohnungseigentümer/-inhaber, sondern auch der Begünstigten eingriffen.<sup>66</sup> Fast 52 % der 1949 ergangenen erstinstanzlichen Entscheidungen betrafen Wohnungssachen, in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts machten sie 56 % aller Entscheidungen aus.<sup>67</sup>

Folgender Fall aus diesem Rechtsgebiet mag im Übrigen illustrieren, dass schon in der Anfangszeit – nicht anders als heute – vereinzelt Schwierigkeiten im Verhältnis zu den Verwaltungsbehörden auftraten: Eine kreisfreie Stadt hielt sich in einer beim Landesverwaltungsgericht Münster anhängigen Streitsache, die die Zwangseinweisung in eine Wohnung betraf, nicht an den ausdrücklichen schriftlichen Hinweis des Gerichts auf die aufschiebende Wirkung der erhobenen Anfechtungsklage und auf die Notwendigkeit rechtzeitiger Ankündigung einer Vollzugsmaßnahme. Nach gerichtlicher Untersagung der Vollziehung fasste der Rat der Stadt eine „Entschließung“, in der er dem Landesverwaltungsgericht und dem Berichterstatter persönlich eine Missbilligung aussprach.<sup>68</sup>

## IV. Die Richterschaft

### 1. Einstellungsvoraussetzungen und allgemeine Praxis

Für die Einstellung in die Verwaltungsgerichtsbarkeit schrieb die MRVO Nr. 165 neben der Befähigung zum Richteramt oder höheren Verwaltungsdienst eine mindestens dreijährige Vortätigkeit in der Verwaltung, als Richter oder als Rechtsanwalt mit verwaltungsrechtlicher Praxis vor (§ 13 Abs. 2). Zugleich sollte mindestens die Hälfte der hauptamtlichen Mitglieder jedes Verwaltungsgerichts in der inneren Verwaltung tätig gewesen sein (§ 14 Abs. 2). Den Regelungen lag die – nur historisch zu erklärende – Vorstellung zugrunde, dass der Verwaltungsrichter die praktische Verwaltung nicht nur von außen verstehen, sondern sie möglichst als höherer Verwaltungsbeamter „am eigenen Leibe selbst erlebt“<sup>69</sup> haben sollte.<sup>70</sup> Für die Auswahl der Richterschaft war der Ministerpräsident als übergeordnete Dienstaufsichtsbehörde (§ 9 Abs. 2 lit. b) federführend zuständig. Die Ernennung erfolgte durch die Landesregierung (§ 16).

In den ersten Jahren mussten die Ernennungen von der Militärregierung genehmigt werden (Art. V Nr. 9 des Gesetzes Nr. 2

der Militärregierung<sup>71</sup>).<sup>72</sup> Im Rahmen dieses Genehmigungsvorbehalts achtete die britische Militärregierung vor allem darauf, dass politisch unbelastete Juristen eingestellt wurden, die Beurteilung der sonstigen persönlichen und fachlichen Eignung eines Bewerbers überließ sie den deutschen Stellen.<sup>73</sup> Die Maßnahmen, die die Besatzungsmächte und speziell die britische Militärregierung 1945 und in den folgenden Jahren ergriffen haben, um politisch belastete Personen aus dem öffentlichen Dienst zu entfernen bzw. deren (Wieder-)Einstellung zu verhindern, können hier nicht im Einzelnen dargestellt werden.<sup>74</sup> Es ist allerdings festzuhalten, dass sich in der britischen Besatzungszone bereits ab der zweiten Hälfte des Jahres 1945 ein Wechsel von der ursprünglichen generellen Ausschaltungspolitik gegenüber den ehemaligen Mitgliedern der NSDAP hin zu einer Konzentration auf „aktive“ Nationalsozialisten vollzog; Letztere blieben von öffentlichen Ämtern ausgeschlossen, während eine nur nominelle NSDAP-Mitgliedschaft einer (erneuten) Zulassung zum Richterdienst nicht entgegenstehen sollte.<sup>75</sup> Einen Eindruck von der Haltung der britischen Militärbehörden bei der Besetzung der Richterstellen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahr 1949 vermittelt vor diesem Hintergrund ein Schreiben des britischen Land Legal Department vom 30.05.1949 an den Regional Commissioner (Zivilgouverneur) für das Land Nordrhein-Westfalen im Zusammenhang mit der Bestätigung der – noch anzusprechenden – Gründungsernennungen. Darin wird dem Zivilgouverneur wie folgt berichtet:

„In einem Brief vom 5. Mai unterbreitete der Ministerpräsident eine Liste von Namen zur Bestätigung der für das Höhere Verwaltungsgericht und die Landesverwaltungsgerichte angebotenen Stellen. (...) Bei der Überprüfung der unterbreiteten Liste wurde festgestellt, daß eine große Anzahl neuer Kandidaten Mitglieder der NSDAP und ihrer angeschlossenen Organisationen waren. Außer ihrer Parteizugehörigkeit bekleideten einige niedere Ränge in der SA. Einige andere hatten einen Rang oder einen Posten von verschiedener Bedeutung unter den Nationalsozialisten. Wir sind uns der Schwierigkeiten voll bewußt, Richter mit den erforderlichen Qualifikationen zu finden, die nicht den Nachteil hatten, der Partei angehört zu haben. Ferner sind das politische Vorleben und die berufliche Qualifikation der Kandidaten einer sehr sorgfältigen Prüfung seitens des

61 Siehe etwa Festschrift (Fn. 2), S. 32.

62 Vgl. *Bormann/Wolff*, Untermiete und Flüchtlingsmiete, 1949, S. 1 ff.

63 Abl. Kontr. Rat Nr. 5 S. 117.

64 So Festschrift (Fn. 2), S. 87.

65 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 115.

66 Vgl. Festschrift (Fn. 2), S. 87 f.

67 Vgl. Festschrift (Fn. 2), S. 113 und 121.

68 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 27 f.

69 *Loening*, Die Verordnung Nr. 165 und der Rechtsstaat, DV 1949, S. 85, 90.

70 Kritisch *Dietlein*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Nordrhein-Westfalen im Wandel der Zeit, NWVBl. 1989, 298, 300.

71 Siehe Fn. 3.

72 Das Genehmigungserfordernis galt bis zum 21.09.1949, dem Tag des Inkrafttretens des Besatzungsstatuts, mit dem im Kontrollbereich der westalliierten Streitkräfte die Militärregierung aufgehoben wurde. In der Folgezeit teilte man den Briten wunschgemäß nur noch die Personalien der ernannten Richter mit. Dieses Verfahren wurde allerdings offenbar bereits im Jahr 1950 nicht mehr streng eingehalten und ab dem Frühjahr 1951 ganz eingestellt.

73 Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 52.

74 Zur Entnazifizierung in der britischen Besatzungszone siehe etwa Schlusstrich oder Neuanfang? Die Gründergeneration des Landesrechnungshofs Nordrhein-Westfalen (1946 – 1951), hrsg. von der Präsidentin des Landesrechnungshofs NRW, S. 66 ff.; für den Bereich der Justiz ferner *Heilbronn*, Der Aufbau der nordrhein-westfälischen Justiz in der Zeit von 1945 bis 1948/9, in: *Juristische Zeitgeschichte* Band 5, 50 Jahre Justiz in Nordrhein-Westfalen, hrsg. vom Justizministerium NRW, 1996, S. 45 ff.

75 Vgl. *Heilbronn* (Fn. 74), S. 46.

Ministerpräsidenten und des Kabinetts unterzogen worden. Es erscheint uns aber, daß, wenn die Vorschläge angenommen würden, über die Hälfte der Richter Ex-Nazis sein würden. (...) Die Verantwortung der Militärregierung betr. Bestätigung von Richtern ist niemals so betrachtet worden, als ob sie irgend etwas ähnliches wie eine zweite Denazifikation verlangt. Indessen ist die Verantwortung bei der Besetzung von Richter-Stellen besonders groß, damit das Vertrauen der Allgemeinheit gesichert bleibt. Man ist daher der Ansicht, daß, selbst gesetzt den Fall, daß Personen entnazifiziert worden sind, ihre Personalien aber zweifelhaft erscheinen, die größte Sorgfalt bei einer Ernennung angewandt werden soll (...) Es wird empfohlen, von den Angeboten des Herrn Ministerpräsidenten Gebrauch zu machen, indem Sie zu den Einwendungen, welche zu machen wir uns genötigt sehen, Stellung nehmen. Wir glauben, daß alle Fälle auf das sorgfältigste in Erwägung gezogen sind, und zweifellos wird es wohl möglich sein, die meisten oder auch alle Schwierigkeiten zu beseitigen.“<sup>76</sup>

Die erheblichen Vorbehalte der Briten gegen eine zu starke Berücksichtigung von früheren Parteimitgliedern gab es offenbar auch bei Teilen der Landesregierung. So wandte sich der damalige Innenminister Walter Menzel in einem an Arnold gerichteten Schreiben vom Januar 1950 zunächst gegen die in Aussicht genommene Einstellung eines Bewerbers, weil dieser nicht nur seit 1933 Mitglied der NSDAP gewesen sei, sondern auch zeitweise den Posten eines Blockleiters versehen habe, und erinnerte bei dieser Gelegenheit sodann an die Zusage des Ministerpräsidenten, „bei den kommenden Besetzungen der Stellen möglichst keine Pg’s [Parteigenossen; Anm. d. Verf.] vorzuschlagen“.<sup>77</sup> Die tatsächliche Einstellungspraxis war aber von Anfang an von den praktischen Schwierigkeiten geprägt, zumal unter den fachlichen Anforderungen der MRVO Nr. 165 in ausreichender Zahl qualifizierte Bewerber ohne Parteimitgliedschaft zu finden. Van Husen schreibt hierzu in seinen Lebenserinnerungen:

„Die Stellenbesetzung wurde noch unerträglich erschwert durch den Mangel an tüchtigen Leuten ohne politische Belastung aus der Hitlerzeit. Anfangs verhinderte die britische Besetzung in der Regel noch die Anstellung früherer Mitglieder der NSDAP, aber trotzdem war bei der ersten Stellenbesetzung eine Anzahl früherer Parteigenossen ernannt worden, die keine andere Belastung hatten als ihre frühere Parteizugehörigkeit. Seitdem die Briten ihre Kontrolle aufgegeben hatten, mehrten sich die Parteigenossen wie in der Verwaltung und Justiz auch bei den Verwaltungsgerichten, wo sie sachlich unerwünschter als irgendwo sonst waren. Bei meinem Ausscheiden im Jahr 1959 waren meiner Erinnerung nach beim Oberverwaltungsgericht außer dem Vizepräsidenten Dr. Lehmann und mir nicht viele Richter zu entdecken, die nicht Mitglied in der NSDAP gewesen waren. Diese Entwicklung war nicht aufzuhalten, denn die Bürokratie, welche über die Anstellungen entschied, bestand weitgehend aus früheren Parteigenossen, und geeignete Kandidaten ohne Parteimitgliedschaft waren rar.“<sup>78</sup>

## 2. Die Gründungsernennungen

Vor diesem allgemeinen Hintergrund ergibt sich aus den von der Militärregierung unter dem 04.07.1949 bestätigten Gründungsernennungen für das Oberverwaltungsgericht und die sieben Landesverwaltungsgerichte das folgende Bild der Richterschaft: Von 48 Mitgliedern – mit der späteren Bundesverfassungsrichterin Dr. Erna Scheffler nur eine Frau – verfügten 38 über Verwaltungserfahrung. Die Mehrheit (26 Mitglieder) hatte diese ausschließlich oder überwiegend in der inneren Verwal-

tung erworben, während der kleinere Teil jedenfalls auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit tätig gewesen war (sieben Mitglieder, darunter drei beim Preußischen Oberverwaltungsgericht bzw. Reichsverwaltungsgericht in Berlin und zwei beim Thüringischen Oberverwaltungsgericht in Jena) oder im Dienst der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder der Staatsanwaltschaft zumindest vorübergehend Einblick in die Verwaltung gehabt hatte (fünf Mitglieder). Die Übrigen kamen ohne Verwaltungserfahrung aus der Justiz (acht Mitglieder) bzw. waren früher Anwalt und Notar gewesen (zwei Mitglieder).<sup>79</sup>

Die in dem Bericht des britischen Land Legal Department an den Zivilgouverneur vom 30.05.1949 angesprochene Liste von Namen, die der Ministerpräsident der Militärregierung zur Bestätigung vorgelegt hatte, findet sich nicht bei den im Oberverwaltungsgericht archivierten Akten. Der enge zeitliche Zusammenhang mit dem Bestätigungsschreiben vom 04.07.1949, das am Ende dieses Beitrags abgebildet ist, und dessen weiterer Inhalt legen allerdings nahe, dass mit Ausnahme einer Streichung (Dr. Walter Ambrosius<sup>80</sup>) und einer Zurückstellung (Dr. Johannes Michel<sup>81</sup>) keine Änderungen mehr vorgenommen wurden. Nach einer später in der Staatskanzlei erstellten internen Übersicht<sup>82</sup> waren unter den 1949 im Zuge der Errichtung des Oberverwaltungsgerichts und der sieben Landesverwaltungsgerichte ernannten ersten 48 Richtern 24 frühere Mitglieder der NSDAP; von den sieben weiteren im Laufe des Jahres 1949 Ernannten hatten drei der NSDAP angehört.<sup>83</sup>

## 3. Ausgewählte Kurzbiografien

Der spätere Präsident des Oberverwaltungsgerichts, *Dr. Paulus*<sup>84</sup> *van Husen*, Jahrgang 1891, wurde nach Studium im In- und Ausland und Ablegung der 1. juristischen Staatsprüfung

<sup>76</sup> Zitiert nach Dokumentation (Fn. 1), Anlage 14.

<sup>77</sup> Anders hingegen der damalige Finanzminister Heinrich Weitz, der sich im selben Zusammenhang zwar besorgt zeigte wegen der zunehmenden Übernahme von „heimatfremden Personen“ in den Landesdienst, denen nach Herkunft und Erziehung jede engere landschaftliche Verbundenheit fehle, im Übrigen aber mitteilte, gegen den Rückgriff auf frühere NSDAP-Mitglieder von 1933 auch bei den Verwaltungsgerichten grundsätzlich keine Bedenken zu haben.

<sup>78</sup> *Hummel* (Hrsg.), *Paulus van Husen 1891 – 1971*, 2010, S. 506.

<sup>79</sup> Vgl. Dokumentation (Fn. 1), S. 50 f.

<sup>80</sup> Ambrosius, der den Rang eines SA-Sturmhauptführers (vergleichbar einem Hauptmann) bekleidet hatte, wurde zu einem späteren Zeitpunkt eingestellt, als die Briten der Ernennung nicht mehr zustimmen mussten.

<sup>81</sup> Die Vorbehalte gegen Michel, dessen Personalakte im Oberverwaltungsgericht nicht mehr vorliegt, konnten offenbar kurzfristig geklärt werden. Er wurde 1949 erster Präsident des Landesverwaltungsgerichts Gelsenkirchen.

<sup>82</sup> Mit der Übersicht hat es die folgende Bewandnis: Im Jahr 1960 hatte die Staatsanwaltschaft Ermittlungen gegen einen Verwaltungsrichter aufgenommen, dem in einer auf Angaben aus der Tschechoslowakei gestützten Strafanzeige u. a. vorgeworfen worden war, an der Ermordung tschechischer Widerstandskämpfer beteiligt gewesen zu sein. Nachdem sich für die Vorwürfe keine Beweise finden ließen, wurde das Verfahren eingestellt. Im Zuge der Ermittlungen hatten sich allerdings Erkenntnisse dazu ergeben, dass der Richter, anders als von ihm bei seiner Bewerbung erklärt, (wohl nominell) Mitglied der NSDAP und der SA gewesen war. Daraufhin leitete die Staatsanwaltschaft ein neues Ermittlungsverfahren nunmehr wegen des Verdachts des Anstellungsbetrugs ein. Dabei kam es aus Sicht der Staatsanwaltschaft maßgeblich darauf an, ob der Richter auch bei wahrheitsgemäßen Angaben eingestellt worden wäre. Um die Frage beantworten zu können, wurde in der Staatskanzlei eine Übersicht über die in den Jahren 1949 bis 1951 erfolgten Einstellungen von früheren Mitgliedern der NSDAP als Richter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit erstellt. Da danach und auch sonst eine Verneinung nicht sicher möglich erschien, endete auch dieses zweite Ermittlungsverfahren schließlich mit einer Einstellung.

<sup>83</sup> Dieser Befund entspricht dem Bild, das sich aus den im Oberverwaltungsgericht noch vorhandenen Personalakten ergibt. Zu 38 der insgesamt 55 im Jahr 1949 ernannten Richter konnten die Personalakten eingesehen werden, die in 18 Fällen eine Parteizugehörigkeit auswiesen.

<sup>84</sup> Die Geburtsurkunde verzeichnet „Paul“ als Vornamen, was van Husen aber nicht daran hinderte, sich nach seinem Taufpatron „Paulus“ zu nennen, vgl. *Hummel* (Fn. 78), S. 4.

1914 als Regierungsreferendar in den höheren Verwaltungsdienst übernommen. Nach dem 2. Staatsexamen wurde er 1920 beruflich in Oberschlesien tätig, zunächst bei der Bezirksregierung in Oppeln, dann als Verwalter des Landratsamts Rybnik und schließlich als Dezernent erneut bei der Bezirksregierung. Ab 1923 war van Husen als Generalbevollmächtigter im privaten Bereich mit Aufgaben befasst, die sich aus den Grenzveränderungen durch die Wiederherstellung Polens nach dem Ersten Weltkrieg ergeben hatten. 1927 wurde van Husen deutsches Mitglied der gemischten Kommission in Kattowitz. Seiner politischen Einstellung wegen wurde er 1934 von der Reichsregierung abberufen und zum planmäßigen Richter am Preussischen Obergericht ernannt. Im Zweiten Weltkrieg wurde er als Rittmeister der Reserve zum Führungsstab des Oberkommandos der Wehrmacht eingezogen. Ende des Jahres 1941 nahm er Verbindung zur Widerstandsbewegung des sogenannten Kreisauer Kreises auf, was nach dem gescheiterten Anschlag auf Hitler am 20.07.1944 zu seiner Verhaftung durch die Gestapo und schließlich durch Urteil des Volksgerichtshofs vom 19.04.1945 zu einer Zuchthausstrafe von drei Jahren führte. Wenige Tage später wurde er durch russische Truppen aus dem Zuchthaus befreit. Er verblieb zunächst in Berlin und wirkte dort beratend am Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone mit. Nach anschließend kurzer Zeit als Mitglied des Bizonalen Obergerichts in Köln wurde er durch Beschluss der Landesregierung vom 02.05.1949 zum Präsidenten des Obergerichts ernannt. Mit der Einrichtung des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen durch Gesetz vom 04.03.1952<sup>85</sup> wurde er zugleich auch dessen Präsident. Im Jahr 1959 ging van Husen in den Ruhestand.

Über Leben und Werdegang van Husens, seine Zugehörigkeit zur Widerstandsbewegung des Kreisauer Kreises und seine Vorstellungen von einer unabhängigen, „entfesselten“ Dritten Gewalt sind bis in die jüngste Zeit Veröffentlichungen erschienen, die ihn auch über Fachkreise hinaus der allgemeinen Öffentlichkeit bekannt gemacht haben.<sup>86</sup> Weniger bekannt sind andere Namen unter den Gründungsernennungen, in deren Biografien sich Willkür und Schrecken des Nationalsozialismus und die Umstände des Neuanfangs ebenfalls in besonderer Weise widerspiegeln. Von ihnen sollen einige genannt werden.

*Dr. Bruno Lehmann*, geboren 1896 in Braunschweig, trat 1923 nach durch Kriegsdienst unterbrochenem juristischem Studium in den Dienst des Landes Braunschweig, wo er nach beachtlich kurzer Zeit bereits 1930 zum Ministerialrat aufstieg. Am 01.06.1933 wurde er auf der Grundlage des sog. Arierparagrafen<sup>87</sup> in den Ruhestand versetzt. Anlass war die jüdische Herkunft seiner Mutter, die 1944 im KZ Theresienstadt zu Tode kam. Ob für die Zuruhesetzung auch der von Lehmann im Rahmen seiner Bewerbung in Nordrhein-Westfalen geschilderte Umstand eine Rolle spielte, dass er es 1932 abgelehnt hatte, die Ernennung Hitlers zum braunschweigischen Regierungsrat gegenzuzeichnen, ist unklar. Durch die Ernennung erwarb der bis dahin auf eigenes Betreiben staatenlose Hitler nach damaliger Rechtslage<sup>88</sup> automatisch die deutsche Staatsangehörigkeit, die wiederum Voraussetzung dafür war, dass er bei den in Kürze anstehenden Wahlen für das Amt des Reichspräsidenten kandidieren konnte. Lehmann selbst deutete die Möglichkeit, dass seine Weigerung Einfluss auf die Entscheidung gehabt haben könnte, ihn aus dem aktiven Dienst zu entfernen, bei seiner Bewerbung allenfalls an. Ein Zusammenhang zwischen beiden Ereignissen wurde, soweit ersichtlich, erst deutlich später in Zeitungsmeldungen aus Anlass seines 40-jährigen Dienstjubiläums nahegelegt, die erkennbar auf Angaben aus dem Obergericht beruhten.<sup>89</sup> Nach zeitweiser Teilnahme am Zweiten Weltkrieg war Lehmann sodann bis Kriegsende als Syndikus bei der Fachgruppe Kaffee-Ersatz-Industrie der Wirtschaftsgruppe Lebensmittelindustrie in Berlin tätig. 1946 er-

nannte ihn die Alliierte Kommandantur zum Ersten Bürgermeister von Spandau. Nach der Wahl des ersten Magistrats von Groß-Berlin wählte dieser ihn 1947 zum Leitenden Direktor des Hauptprüfungsamts (Rechnungskammer). Im selben Jahr berief ihn die britische Militärregierung zum Generalsekretär des Beratenden Ausschusses für öffentliches Recht in Herford. In dieser Funktion wirkte er maßgeblich am Entwurf der MRVO Nr. 165 mit. Nach Abschluss dieser Arbeiten und der damit absehbaren Auflösung des Ausschusses bewarb Lehmann sich in Nordrhein-Westfalen. Nachdem er hier zwischenzeitlich auch als Präsident des Landesrechnungshofs im Gespräch gewesen war, wurde er mit der Errichtung des Obergerichts 1949 schließlich dessen erster Vizepräsident<sup>90</sup>.

*Günther van Endert*, Jahrgang 1884, wurde kurz nach Ablegung der Großen Juristischen Staatsprüfung am Oberlandesgericht Köln im August 1914 zum Militärdienst eingezogen. Das Ende des Ersten Weltkriegs erlebte er als Verbindungsoffizier beim stellvertretenden Generalkommando in Saarbrücken. Nach zweijähriger Tätigkeit in Saarbrücken, zuletzt als Landrat, wurde van Endert 1920 von den Franzosen ausgewiesen. Der gebürtige Düsseldorfer kehrte in seine Heimatregion zurück, wurde im Juli 1920 im Alter von 36 Jahren Landrat des Kreises Moers und blieb dort bis 1933 im Amt. Nach der Machtübernahme Hitlers wurde van Endert, der parteilos war, aber der Deutschen Zentrumspartei nahestand, in den Wartestand versetzt. Eine neue Verwendung fand er im Sommer 1933 für kurze Zeit in Münster. Dort sollte er eigentlich zum kommissarischen Oberbürgermeister bestellt werden, musste dieses Amt auf Druck der Gauleitung jedoch dem NSDAP-Funktionär Hillebrand überlassen.<sup>91</sup> Da ihm in Münster seitens der NSDAP weiterhin erhebliche Schwierigkeiten bereitet wurden, ließ sich van Endert im Frühjahr 1934 an die Regierung in Hannover versetzen. Dort wurde er im September 1942 von der Gestapo unter dem Vorwurf verhaftet, Feindsender gehört zu haben. Einer längeren Haft entging er eigenen Angaben zufolge wegen Haftunfähigkeit, jedoch wurde er vom Dienst suspendiert und im Juli 1944 in den Ruhestand versetzt. Einem bereits eingeleiteten sondergerichtlichen Verfahren konnte er sich nach seinen Angaben nur durch Vortäuschen fortbestehender Erkrankung und einen Umzug nach Wiesbaden entziehen. Unmittelbar nach Kriegsende wurde er dort im Mai 1945 bei der Bezirksregierung zum Regierungsdirektor ernannt. Bei seiner Ernennung zum Senatspräsidenten am Obergericht 1949 hatte van Endert bereits das 65. Lebensjahr vollendet. Am 01.06.1952 trat er mit 68 Jahren in den Ruhestand.

*Julius Hawranke*, Jahrgang 1886, bestand 1910 die Erste und – nach vierjährigem Kriegsdienst – 1919 die Große Staatsprüfung. Er war zunächst drei Jahre Amtsgerichtsrat und trat 1923 in das preußische Landwirtschaftsministerium über. Nachdem er 1930 zum Oberregierungs- und Landeskulturrat ernannt worden war, wurde er Anfang 1931 zum Vorstandsmitglied der Deutschen Siedlungsbank bestellt. Mutmaßlich wegen seiner früheren Zugehörigkeit zur Deutschen Zentrumspartei

85 GV. NW. S. 35.

86 Siehe insbesondere *Lütz/van Husen*, Als der Wagen nicht kam, 2019; ferner zuletzt auch *Keller*, 70 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in NRW – Paulus van Husen und das richterliche Selbstverständnis heute, in: Gärditz/Keller/Niesler (Hrsg.), Der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Liber Amicorum für Max-Jürgen Seibert, 2020, S. 188 ff.

87 § 3 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 07.04.1933 (RGBl. I S. 175).

88 Vgl. § 14 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes 1913.

89 Siehe etwa Westfälische Nachrichten vom 15.07.1960; vgl. auch Festschrift (Fn. 2), S. 154.

90 Die Amtsbezeichnung lautete zunächst „Stellvertreter des Präsidenten“, bevor sie 1952 in „Vizepräsident“ geändert wurde.

91 Vgl. Westfälische Zeitschrift 134, S. 189, 191.

wurde er 1933 aus dieser Stellung abberufen und konnte nicht in das Ministerium zurückkehren, sondern wurde an das Oberpräsidium in Stettin versetzt. Nach Kriegsende lebte Hawranke mit seiner Familie im russisch besetzten Teil von Berlin. Dort war er im August 1945 zum Ministerialdirektor in der Zentralverwaltung für das Verkehrswesen ernannt worden. Da er zwischenzeitlich SPD-Mitglied geworden war und er dem Druck, der SED beizutreten, nicht nachgeben wollte, machte sich im April 1948 seine Ehefrau auf den Weg in den Westen und sprach beim Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Bitte vor, ihren Mann in den Dienst der Landesregierung einzustellen – zu jener Zeit keineswegs ein einzigartiger Bewerbungsverfahren. Als Gewährsperson gab sie unter anderem den damaligen Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, den späteren Bundespräsidenten Heinrich Lübke an, der sich tatsächlich für ihn verwandte. 1949 wurde er einer der ersten fünf Senatspräsidenten. Wegen der ihm nach 1933 verschlossen gebliebenen Rückkehr ins preußische bzw. Reichslandwirtschaftsministerium wurde Hawranke 1953 aufgrund des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes vom 11.05.1951<sup>92</sup> Wiedergutmachung dadurch gewährt, dass er beim Eintritt in den Ruhestand die Versorgung eines Ministerialdirigenten erhielt.

Dr. Ulrich von Dassel wurde 1897 in ein altes niedersächsisches Adelsgeschlecht geboren, das im Lauf der Zeit eine Vielzahl von Juristen hervorgebracht hatte. Nach Bestehen der Reifeprüfung 1914 und Beginn des Jurastudiums nahm er ab Sommer 1915 als Freiwilliger am Ersten Weltkrieg teil, aus dem er als Leutnant bei der Feldartillerie ausschied. Nach Kriegsende setzte er sein Studium fort und trat 1924 nach Ablegung der beiden juristischen Staatsexamina in den preußischen Verwaltungsdienst ein. Dort war er zuletzt als ständiges richterliches Mitglied beim Bezirksverwaltungsgericht Frankfurt/Oder tätig. Im Juni 1935 wurde er aufgrund des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums<sup>93</sup> in den Ruhestand versetzt, nachdem er sich in einem an die „Baseler Nachrichten“ gerichteten Brief kritisch zur damaligen kirchenpolitischen Lage in Deutschland geäußert hatte. Kurz zuvor war er bereits in Gestapohaft genommen worden, aus der er nach etwa vier Monaten entlassen wurde. Nach dem „Heimtückegesetz“<sup>94</sup> verurteilte ihn das Sondergericht beim Landgericht Berlin im März 1936 zu vier Monaten Gefängnis. In dem mit dem Ziel der Aberkennung des Ruhegehalts eingeleiteten Dienststrafverfahren wurde er vom Preußischen Oberverwaltungsgericht im Juni 1937 freigesprochen. Bis zum Kriegsende betätigte er sich fortan in Berlin freiberuflich als Jurist. Seit Ende 1945 war von Dassel zunächst Zivilrichter in Potsdam, bevor er am 02.05.1949 zum Landesverwaltungsgerichtsrat in Minden ernannt wurde. 1952 erfolgte seine Beförderung zum Oberverwaltungsgerichtsrat und 1960 zum Senatspräsidenten.

Unter den Gründungspräsidenten der Landesverwaltungsgerichte ragt Dr. Hellmuth Loening heraus. Sein rechtspolitisches und rechtswissenschaftliches Wirken<sup>95</sup> sowie sein – mit persönlichen Risiken verbundenes – Engagement für den Rechtsstaat finden bis heute Beachtung.<sup>96</sup> Loening wurde 1891 als Sohn eines Professors der Rechte in Jena geboren. Nach dem Studium in Heidelberg, Berlin und Jena, wo er auch promovierte, begann er 1912 sein Referendariat, das er wegen der Teilnahme am Ersten Weltkrieg jedoch erst im Dezember 1920 beenden konnte. Anschließend war Loening zunächst kurze Zeit als Amtsgerichtsrat tätig, bevor er ab 1921 für einige Jahre in die Verwaltung wechselte. Während seiner Tätigkeit beim Thüringischen Ministerium des Innern verfasste er unter anderem einen Kommentar zur Verfassung des Landes Thüringen. Seiner Neigung zum Richteramt folgend ging er 1926 als Oberverwaltungsgerichtsrat an das Thüringische Oberverwaltungsgericht

in Jena, dem er ohne Unterbrechung bis 1948 angehörte und dessen Präsident er nach dem Zusammenbruch wurde. So wenig Loening Mitglied der NSDAP oder einer ihrer Untergliederungen gewesen war, so wenig ließ er sich in der russischen Zone von den neuen Machthabern vereinnahmen. Zu dem Entwurf des im November 1948 vor allem auf Betreiben der SED erlassenen thüringischen Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, mit dem die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte – durch Abschaffung der Generalklausel – massiv eingeschränkt und die persönliche Unabhängigkeit der Richterschaft abgeschafft wurde, nahm Loening in aller Deutlichkeit ablehnend Stellung.<sup>97</sup> Wegen dieser sich abzeichnenden Veränderungen, die für ihn rechtsstaatlich nicht hinnehmbar und mit persönlichen Unwägbarkeiten verbunden waren, hatte Loening schon im Frühjahr 1948 über seine in Herford lebende Schwägerin Kontakt zum Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen aufgenommen und um eine Verwendung der hier im Entstehen begriffenen Verwaltungsgerichtsbarkeit nachgesucht. Der hierüber geführte Schriftverkehr macht deutlich, dass Loenings Absicht, sich zu verändern, nicht ungefährlich war. Das Innenministerium vermerkte in den Unterlagen „Vorsicht Russ. Zone“ und richtete seine Schreiben stets an Loenings Schwägerin in Herford. Loening wiederum antwortete Anfang Juli 1948 – ebenfalls über seine Schwägerin – verklausuliert und ohne persönliche Anrede:

„Sehr verehrter Herr! Ich möchte mir die Anfrage erlauben, wie sich die Angelegenheit mit den Büchern weiter entwickelt hat, weil ich mich mit meinen entsprechenden Dispositionen gerne danach ausrichten würde. (...) Durch meine Verwandten habe ich übrigens L.D. in Herford<sup>98</sup> persönlich kennen gelernt und mit ihm auch die Bücherfrage besprochen.“

Ohne dass es in der Folgezeit zu einem persönlichen Vorstellungsgespräch gekommen wäre, erhielt Loenings Schwägerin Ende August 1948 aus dem Innenministerium folgende Einstellungszusage: „Sobald Dr. Löning bei Ihnen eintrifft, bitte ich ihn, sich bei mir (...) einzufinden und möglichst schon genaue Unterlagen über seinen Lebenslauf, seine Berufsvorbildung und politische Laufbahn mitzubringen, damit der Kabinettsvorschlag unverzüglich bearbeitet werden kann.“ Daraufhin ließ Loening, wie er selbst in jenen Tagen schrieb, sein „Haus mit fast dem gesamten Mobiliar und Hausrat im Stich“ und setzte sich im Oktober 1948 in den Westen ab. Am 30.07.1949 trat er sein Amt als Präsident des Landesverwaltungsgerichts Minden an, das er bis zur Ernennung zum Senatspräsidenten beim Oberverwaltungsgericht in Münster im Juni 1952 innehatte.

#### 4. Die ersten Richterinnen

Zu den Gründungsernennungen zählte mit Dr. Erna Scheffler nur eine Frau. Sie verdient nicht nur als erste Richterin in der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes Erwähnung, sondern vor allem als außergewöhnliche Richterpersönlichkeit. Erna Scheffler, geb. Friedenthal, wurde 1893 in Breslau in eine wohl-

92 BGBl. I S. 291.

93 Siehe Fn. 87.

94 Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen vom 20.12.1934 (RGBl. I S. 1269).

95 Loening gehörte u. a. zu den Mitherausgebern des Archivs des öffentlichen Rechts, vgl. Krefz, Nachruf, AöR 104 (1979), S. 135.

96 Vgl. etwa Internetseite des Hellmuth-Loening-Zentrums für Staatswissenschaften Jena e.V.

97 Vgl. Loening, Kampf um den Rechtsstaat in Thüringen, AöR 75 (1949), S. 56 ff.

98 Loening hatte einen Besuch in Herford genutzt und sich mit dem Leiter der dort ansässigen Legal Division bekannt gemacht.

habende Familie geboren. Ihr jüdischer Vater war Fabrikant. Sie studierte von 1911 bis 1914 Rechtswissenschaft. Da Frauen im Kaiserreich zwar Jura studieren, aber nicht das Staatsexamen ablegen durften<sup>99</sup>, beendete sie das Studium mit einer Promotion. Erst während der Weimarer Republik<sup>100</sup> holte sie beide Staatsprüfungen nach und trat in den richterlichen Dienst ein. Als „Halbjüdin“ wurde sie jedoch 1933 entlassen. Sie überlebte die Zeit des Dritten Reichs mit ihrem damaligen Lebenspartner (Kammergerichtsrat Georg Scheffler), den sie wegen der Rassegesetze nicht heiraten durfte. Die Eheschließung war erst im Mai 1945 möglich. Zunächst kehrte sie in die ordentliche Gerichtsbarkeit zurück, wechselte aber 1949 zum Landesverwaltungsgericht Düsseldorf, wo sie kurze Zeit später zur Verwaltungsgerichtsdirektorin (heute: Vorsitzende Richterin) ernannt wurde. Mit einem Referat auf dem Juristentag 1950 stellte sie maßgebliche Leitsätze zur Verwirklichung des Grundrechts auf Gleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 GG) auf. Im September 1951 wurde Scheffler zur ersten Richterin des Bundesverfassungsgerichts gewählt<sup>101</sup> und wirkte an mehreren wegweisenden Entscheidungen zur Gleichberechtigung maßgeblich mit, so etwa zum sog. Väterlichen Stichentscheid (BVerfGE 10, 59).<sup>102</sup>

Zur ersten Richterin des Landesverwaltungsgerichts Köln wurde 1950 *Maria Pfeiffer-Krings* ernannt. Nach dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften in Freiburg, Würzburg, Bonn und Köln und anschließendem Referendariat am Oberlandesgericht Düsseldorf legte sie im April 1936 die Große Staatsprüfung ab. Anschließend war sie drei Jahre bei der Reichsanstalt für Arbeitslosenvermittlung tätig. Von dort wurde sie 1939 in das Reichsarbeitsministerium berufen. Da sie nicht Mitglied der NSDAP war, sah sie dort keine Aufstiegsmöglichkeit und wechselte 1940 zu einer Berliner Wirtschaftsberatungsgesellschaft. Nach Kriegsende übernahm sie 1945 in Düsseldorf den Vorsitz in einer Schlichtungskammer und trat 1946 in den Dienst der Stadt Krefeld. Im April 1950 folgte ihre Ernennung zur Verwaltungsrichterin in Köln; dort blieb sie mehr als ein Jahrzehnt die einzige Richterin. Pfeiffer-Krings hatte für zwei Kinder und einen schwerkriegsbeschädigten Mann zu sorgen. Als sie 1953 erneut – neben ihrer verwaltungsrichterlichen Tätigkeit – für drei Jahre zur hauptamtlichen Beisitzerin in je einer Kammer der Dienstordnungsgerichte Köln und Aachen bestellt werden sollte, lehnte sie dies in einem Schreiben an den Ministerpräsidenten nachdrücklich und letztlich erfolgreich ab: „Nachdem ich diese Arbeit 3 Jahre verrichtet habe, muß es mir als gerecht erscheinen, wenn nun einer der Herren Kollegen damit betraut würde.“ Aus dem Verwaltungsvorgang ergibt sich, dass zuvor bis auf einen alle männlichen Planrichter die Übernahme einer solchen Zusatzaufgabe abgelehnt hatten.

Bei den anderen Verwaltungsgerichten dauerte es teilweise noch weitere 20 Jahre, bis die erste Richterin den Dienst antrat (Arnsberg 1955; Aachen 1957; Münster 1960; Minden 1966; Gelsenkirchen 1971). Am Oberverwaltungsgericht nahm die erste Planrichterin 1964 ihren Dienst auf.

## 5. Verwaltungsrichter und NS-Justiz

Wie heute aus zahlreichen Untersuchungen bekannt ist, fanden in der jungen Bundesrepublik Deutschland nicht nur vollkommen unbelastete Personen oder Mitläufer (wieder) Zugang zum öffentlichen Dienst, sondern auch zahlreiche andere, die durch ihre frühere Tätigkeit für das NS-Regime – teils schwer – belastet waren. Dies gilt auch für die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit und betraf hier insbesondere Personen, die an Sondergerichten<sup>103</sup> oder beim Volksgerichtshof tätig gewesen waren. Entsprechende Sachverhalte, derer man sich bei der Einstellung mitunter bewusst war<sup>104</sup>, wurden erstmals im Zuge der „Blutrichter“-Kampagne der DDR<sup>105</sup> publik. Namensgebend war die am 23.05.1957 in Ost-Berlin vorgestellte Broschüre *Gestern Hitlers Blutrichter – Heute Bonner Justiz-Elite*.

Der für Propaganda zuständige Ausschuss für Deutsche Einheit listete darin in alphabetischer Reihenfolge insgesamt 118 Richter, Staatsanwälte und Beamte der Justizverwaltungen auf und ordnete ihnen jeweils unter Angabe des Datums, des Gerichts und der Namen der Angeklagten Todesurteile der NS-Justiz zu. Das Material stammte aus Akten des Reichsjustizministeriums, des Reichsgerichts, des Volksgerichtshofs, der Oberreichsanwaltschaften und einiger Sondergerichte. Die Broschüre vom 23.05.1957 enthielt unter anderem die Namen von drei Richtern der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die entweder als Richter oder als Ankläger bei der Verhängung von Todesurteilen mitgewirkt hatten. Weitere einschlägige Namensnennungen erfolgten in späteren Veröffentlichungen<sup>106</sup>. Soweit aus noch vorhandenen Personalakten ersichtlich, wurden die betreffenden Richter auf Veranlassung des Ministerpräsidenten über die Veröffentlichung ihrer Namen unterrichtet und bei konkreten Vorwürfen zur Stellungnahme aufgefordert. Teils schlossen sich staatsanwaltschaftliche Ermittlungen an. Zu strafrechtlichen Ahndungen kam es jedoch nicht. Teilweise wurden

<sup>99</sup> Das zweite Staatsexamen war Frauen reichsweit verwehrt. Die Möglichkeit, das erste Staatsexamen abzulegen, bestand bis zum Ende des Kaiserreichs wohl nur in Bayern, vgl. mit jeweils unterschiedlichen Angaben, wann genau Frauen in Bayern Zugang zum ersten juristischen Examen erhielten: Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung vom 24.06.2022, WD 10-3000-022/22, Die Zulassung der Frauen als Rechtsanwältinnen im Jahr 1922, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bundes-tag.de/resource/blob/905892/21fc826012308fc89fd7672e929ae48f/WD-10-022-22-pdf-data.pdf>; *Bajohr/Rödiger-Bajohr*, Die Diskriminierung der Juristin in Deutschland bis 1945, KJ 1980, 39, 41; *Schöbel*, Frauen in der bayerischen Justiz – Der Weg zum Richteramt, BayVBl. 1998, 65, 68 f.

<sup>100</sup> Mit dem Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege vom 11.07.1922 (RGBl. I S. 573) erhielten Frauen erstmals uneingeschränkt Zugang zu allen juristischen Berufen.

<sup>101</sup> Die sich durch die Wahl Schefflers zur Bundesverfassungsrichterin ergebende Vakanz an seinem Gericht veranlasste den Düsseldorfer Präsidenten Horion, dem Ministerpräsidenten umgehend die Ernennung eines bislang in der Stellung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters beschäftigten Richters zum Hilfsrichter vorzuschlagen. Für diesen hatte Horion sich aufgrund langjähriger persönlicher Bekanntschaft bereits bei dessen Bewerbung verwandt „trotz gewisser Momente, die sich aus seinem Lebenslauf und dem Fragebogen ergeben“. Damit war gemeint, dass der Kandidat in der NS-Zeit als Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Kassel tätig gewesen war und dort auch sondergerichtliche Sachen bearbeitet hatte. In dieser Funktion hatte er, wie von ihm selbst in der Bewerbung offengelegt, als sachbearbeitender Staatsanwalt und Sitzungsvertreter die Todesstrafe in dem Verfahren vor dem Sondergericht beim Oberlandesgericht Kassel gegen den 28-jährigen ungarischen Dipl.-Ingenieur Werner Holländer gefordert. Holländer, der evangelisch getauft worden war und erst 1941 von der jüdischen Abstammung seiner Eltern erfahren hatte, war vorgeworfen worden, sich danach in vier Fällen der „Rassenschande“ schuldig gemacht zu haben. Holländer wurde am 20.04.1943 als „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher“ zum Tode verurteilt und im Folgejahr hingerichtet (zur „Rassenschande“-Justiz und speziell zum Verfahren gegen Holländer siehe *Müller*, *Furchtbare Juristen*, 1987, S. 105 ff., 120). Nach dem Krieg mussten sich zwei der drei an dem Urteil beteiligten Richter wegen Rechtsbeugung vor Gericht verantworten und wurden freigesprochen. Das Ermittlungsverfahren gegen die beiden beteiligten Staatsanwälte, die jeweils geltend gemacht hatten, nur nach ausdrücklicher Weisung des Reichsjustizministeriums gehandelt zu haben, wurde eingestellt. Der Vorwurf Horions war im Ergebnis gegen den Widerstand von Husens erfolgreich. Van Husen lehnte diesen zwar ab, allerdings lediglich mit Blick darauf, dass der Bewerber als früherer Staatsanwalt aus seiner Sicht die Voraussetzungen der MRVO Nr. 165 nicht erfüllte.

<sup>102</sup> Zur Biografie Schefflers allgemein siehe *Festschrift* (Fn. 2), S. 59 f.

<sup>103</sup> Zur Sondergerichtsbarkeit siehe *Müller* (Fn. 101), S. 158 ff.

<sup>104</sup> Van Husen erinnerte sich etwa: „Als man einen Richter ernennen wollte, dessen Vergangenheit mir allzu unbewältigt erschien, erhob ich dagegen Bedenken. Ohne Eingehen darauf wurde die Ernennung ausgesprochen.“, zitiert nach *Hummel* (Fn. 78), S. 519.

<sup>105</sup> Siehe dazu *von Miquel*, Die Richter in der Sozialgerichtsbarkeit, in: *Sozialgerichtsbarkeit und NS-Vergangenheit*, hrsg. vom Justizministerium des Landes NRW, 2016, S. 83 ff.

<sup>106</sup> Bis 1960 erschienen insgesamt acht Broschüren mit den Namen von mehr als 1000 Juristen des NS-Zeit, vgl. *Miquel* (Fn. 105), S. 84.

zudem dienstrechtliche Maßnahmen ergriffen.<sup>107</sup> In einem Einzelfall kam es lediglich zu einer Änderung der Geschäftsverteilung.<sup>108</sup> Einen Eindruck vom Denken und Handeln der damaligen Personalverantwortlichen vermittelt neben der bereits oben erwähnten Personalie<sup>109</sup> der nachfolgende Fall. Er betrifft einen Richter, der von 1942 bis 1945 vom Kammergericht an den Volksgerichtshof abgeordnet worden war. Diesen Umstand hatte der Richter bei seiner Bewerbung 1949 nicht erwähnt. Er wurde erst ein Jahr später durch einen Auszug aus den Akten des früheren Reichsjustizministeriums bekannt, als der damalige Landesverwaltungsgerichtspräsident Loening vorschlug, den aus seiner Sicht außerordentlich bewährten und zunächst nur befristet und im Angestelltenverhältnis beschäftigten Richter als Hilfsrichter zu bestellen. Dienstlich befragt gab dieser an, er sei beim Volksgerichtshof als Hilfsrichter im Landesverratsenat mit kriminellen Strafsachen (Spionage) befasst gewesen. Zudem verwies er auf seine erfolgreiche Entnazifizierung und eine Erklärung seines damaligen Rechtsanwalts, wonach der Entnazifizierungsausschuss seine richterliche Tätigkeit am Volksgerichtshof nicht als belastend angesehen habe. Diese Angaben genügten Loening, um mit der Billigung van Husens an seinem Vorschlag festzuhalten. Nachdem es aus anderen Gründen nicht zu der beabsichtigten Bestellung als Hilfsrichter gekommen war, wurde der Richter 1951 zum Landesverwaltungsgerichtsrat ernannt. Ende 1953 erfolgte seine Beförderung zum Landesverwaltungsgerichtsdirektor. Eingeholt wurde der Richter von seiner Vergangenheit einige Jahre später durch die erwähnten DDR-Veröffentlichungen. Die Broschüre vom 23.05.1957 brachte ihn mit vier Todesurteilen in Verbindung. Die nachfolgende Dokumentation vom 14.10.1957 nannte sechs weitere Todesurteile teils gegen eine und teils gegen mehrere Personen, davon das letzte vom 15.02.1945. Danach ging die Tätigkeit des Richters beim Volksgerichtshof über die von ihm angegebene Mitwirkung an kriminellen Strafsachen weit hinaus und betraf auch Verfahren wegen Wehrkraftzersetzung und Vorbereitung zum Hochverrat. In einer Sache, in der ein 57-jähriger Mechaniker wegen Weitergabe eines Feindflugblatts an Arbeitskollegen mit Blick auf seine kommunistische Gesinnung zum Tode verurteilt worden war, hatte er den Vorsitz geführt. Zunächst sah man von einer Befragung des Richters wegen dessen angegriffener Gesundheit noch ab. Nach der zweiten Veröffentlichung und zwischenzeitlichen Eingaben und Nachfragen – darunter die der Ehefrau des hingerichteten Mechanikers – bestand jedoch der Ministerpräsident auf eine unverzügliche Anhörung. Präsident van Husen eröffnete dem Richter zunächst die im Raum stehenden Möglichkeiten einer Zurücknahme der Ernennung wegen arglistiger Täuschung über die Art seiner beim Volksgerichtshof bearbeiteten Verfahren sowie ferner einer disziplinarischen Untersuchung wegen Verletzung der richterlichen Amtspflichten (Unmenschlichkeit etc.). Anschließend legte er ihm einen altersbedingt möglichen Antrag auf Versetzung in den Ruhestand nahe. Für diesen Fall stellte er in Aussicht, sich bei der obersten Dienstaufsichtsbehörde für einen Verzicht auf weitere dienstrechtliche Schritte einzusetzen. Gegenüber dem Ministerpräsidenten begründete van Husen den Vorschlag mit dem Alter und der Gesundheit des nach seinem Eindruck todkranken Richters. Die „öffentlichen Interessen“ hielt er bei einer Pensionierung für insoweit gewahrt, dass keine Vorwürfe mehr gegen einen amtierenden Richter erhoben werden könnten. Der Ministerpräsident erklärte sich mit dieser Handhabung der Angelegenheit einverstanden, sodass der Richter 1958, nachdem Innen- und Finanzminister ebenfalls ihre Zustimmung erklärt hatten, durch Kabinettsbeschluss in den Ruhestand versetzt wurde. Ein schließlich Anfang 1959 nach Prüfbitte des Ministerpräsidenten auf Veranlassung des Justizministeriums eingeleitetes strafrechtliches Ermittlungsverfahren erledigte sich alsbald mit dem Tod des Richters. Zu diesem Zeitpunkt war

allerdings bereits beabsichtigt, das Verfahren aus Mangel an Beweisen einzustellen.

Wie verbreitet NS-Belastungen dieser und anderer Art in der frühen Verwaltungsrichterschaft waren, ließe sich nur durch eine wissenschaftliche Auswertung aller potenziell relevanten Personalakten ermitteln, wie es schon in der Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit angeregt worden ist.<sup>110</sup>

## 6. Dienstaufsicht

Als die Bezirksverwaltungsgerichte ihre Tätigkeit im Jahr 1946 wieder aufnahmen, wurde die oberste Dienstaufsicht – wie bisher – zunächst den Oberpräsidenten der Nord-Rhein-Provinz und der Provinz Westfalen zugewiesen.<sup>111</sup> Mit der Auflösung der Oberpräsidien wenige Monate später ging die Dienstaufsicht auf den Innenminister über.<sup>112</sup> Dieser Zustand währte bis zum Inkrafttreten der MRVO Nr. 165, deren § 9 die Verwaltungsgerichtsbarkeit der obersten Dienstaufsicht durch den Ministerpräsidenten unterstellte. Frühe Versuche, die Verwaltungsgerichtsbarkeit aus der Zuständigkeit und parlamentarischen Verantwortung des Ministerpräsidenten zu lösen und in die Ressortzuständigkeit des Justizministers oder eines Rechtspflegeministeriums zu überführen, stießen bei der Richterschaft auf einmütige Ablehnung. In seiner 1952 veröffentlichten Abhandlung „Die Entfesselung der Dritten Gewalt“ schrieb van Husen, der allerdings jegliche Form einer Abhängigkeit der Judikative von der Exekutive aus grundsätzlichen Erwägungen ablehnte: „Alle Verwaltungsrichter sind sich einig: wenn schon ein Minister, dann als minus malum der über den Ressorts stehende Ministerpräsident oder wenigstens der Innenminister.“<sup>113</sup> Der Grund für die Vorbehalte gegenüber dem Justizminister war zweifacher Natur. Zum einen traute man dem Justizministerium, bei dem bislang nur die ordentliche Gerichtsbarkeit angesiedelt war, keine Kompetenz in staats- und verwaltungsrechtlichen Fragen zu, zum anderen fürchtete man eine Bevorzugung der ordentlichen Gerichtsbarkeit bei der Ressourcenverteilung durch das Ministerium. Beides kommt in einer Entschließung zum Ausdruck, die die Vereinigung der Präsidenten der Verwaltungsgerichte des Bundesgebietes am 20.01.1950 gefasst hat. Darin heißt es unter anderem:

„Die Verwaltungsgerichte müssen in erster Linie mit qualifizierten Verwaltungsbeamten besetzt sein, die Erfahrung in der Verwaltung haben. Für deren Auswahl und Beurteilung fehlen dem Justizministerium die Unterlagen. Auch ist es notwendig, daß die Verwaltungsgerichte betreut werden von Beamten, die aus eigener Erfahrung die Bedürfnisse und Methoden der Verwaltung kennen. Endlich haben die Erfahrungen bei den Ländern gezeigt, daß die Justizministerien nicht geneigt sind, besonders qualifizierte Richter an die Verwaltungsgerichte abzugeben.“<sup>114</sup>

<sup>107</sup> Siehe insoweit auch Festschrift (Fn. 2), S. 89.

<sup>108</sup> Ein Richter, der am Oberverwaltungsgericht ausgerechnet mit Verfahren über die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts befasst war, wurde durch Präsidiumsbeschluss einem anderen Senat zugewiesen, nachdem seine frühere Tätigkeit beim Strafsenat des Oberlandesgerichts Posen bekannt geworden war. Dort hatte er an Todesurteilen und der Verhängung von langjähriger Straflagerhaft gegen Polen auf der Grundlage der sog. Polenstrafrechtsverordnung (Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten vom 04.12.1941, RGBl. I S. 759; siehe dazu auch Müller [Fn. 101], S. 166 ff.) mitgewirkt.

<sup>109</sup> Siehe Fn. 101.

<sup>110</sup> Siehe Festschrift (Fn. 2), S. 89.

<sup>111</sup> Vgl. § 5 der Verordnungen vom 29.03.1946 (Fn. 14) und vom 02.08.1946 (Fn. 15).

<sup>112</sup> Vgl. Schieren (Fn. 5), S. 9.

<sup>113</sup> Siehe AöR Bd. 78 (1952/53), S. 49, 59.

<sup>114</sup> Zitiert nach Dokumentation (Fn. 1), Anlage 17.

Wenige Wochen später griff die Arbeitsgemeinschaft der Innenministerien der Bundesländer diese Entschließung auf und fand in einer eigenen Entschließung noch deutlichere Wort gegen eine Ressortzuständigkeit des Justizministers.<sup>115</sup> Als das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen 1959 vorschlug, alle Gerichtszweige einem Rechtspflegeministerium zu unterstellen, scheiterte auch dieses Vorhaben. Der Landesgesetzgeber entschied sich für die Beibehaltung der „Sonderstellung“ der Verwaltungsgerichtsbarkeit, indem er in § 2 des Ausführungsgesetzes zur Verwaltungsgerichtsordnung vom 26.03.1960<sup>116</sup> weiterhin dem Ministerpräsidenten die oberste Dienstaufsicht zuwies. Erst 20 Jahre später, am 01.03.1970, ging die Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Ressortzuständigkeit des Justizministers über.

Nicht nur die damalige Zuständigkeit für die Dienstaufsicht, sondern teils auch ihre praktische Handhabung durch den Ministerpräsidenten ist aus heutiger Sicht befremdlich. Aufgrund seines allgemeinen Dienstaufsichtsrechts forderte der Ministerpräsident bspw. die Vorlage sämtlicher Urteile und nahm sich im Einzelfall das Recht, nach Form und Inhalt detaillierte Kritik daran zu üben. So erging am 21.05.1951 ein von Arnold persönlich unterzeichneter Erlass an van Husen, mit dem er auf mehreren Seiten angebliche Unzulänglichkeiten eines Urteils des Oberverwaltungsgerichts aufführte. Am Ende des Erlasses schreibt Arnold: „Meine Ausführungen haben nicht zum Ziel, das Ergebnis des Urteils zu kritisieren; der zitierte Teil der Begründung scheint mir aber nicht mit derjenigen Sorgfalt gearbeitet zu sein, die von dem höchsten Verwaltungsgericht erwartet werden muss.“ Die Richter des gescholtenen Senats verwahrten sich in der daraufhin von ihnen eingeholten Stellungnahme nicht nur in der Sache gegen die Kritik, sondern baten van Husen, geeignete Schritte zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit zu unternehmen, zumal in „der Geschichte des ehemaligen Preuss. Oberverwaltungsgerichts (...) niemals, auch nicht in der totalitären Zeit, im Dienstaufsichtswege eine solche Kritik an der Begründung eines Urteils (...) geübt worden“ sei. Van Husen übersandte die Stellungnahme dem Ministerpräsidenten, nicht ohne selbst zu betonen, dass er die „fortgesetzte Zensur“ für unzulässig und gar grotesk halte, weil ein hiermit in der Staatskanzlei beauftragter junger Assessor auf diese Art zur Kritik über das Gemeinschaftswerk mehrerer Richter mit meist jahrzehntelanger Erfahrung bestellt worden sei. Sein Schreiben endete mit folgender Aussage: „Selbst wenn bei den Justizministerien – verstärkt durch die Praxis der Hitlerzeit – die Gerichtsurteile einer Kritik im Aufsichtswege unterzogen werden sollten, so ist das bei den Verwaltungsgerichten unerträglich, wenn nicht das Vertrauen in sie zerstört werden soll.“ Der Ministerpräsident ließ sich hiervon nicht beeindrucken. In

der weiteren Korrespondenz beharrte er darauf, dass seine Erlasse weder in die richterliche Unabhängigkeit eingriffen noch eine Maßnahme der Dienstaufsicht seien. Im Übrigen ersuche es ihm weit besser, die Mängel gerichtlicher Entscheidungen „intern zu erörtern, statt durch ständige Kritiken in der Fachpresse den Ruf der Unzulänglichkeit des Oberverwaltungsgerichts Münster in aller Öffentlichkeit zu begründen“. Um eine passende Antwort war van Husen nicht verlegen: „Über die Kritik in der Fachpresse habe ich mich nicht zu beklagen. Einer der bekanntesten deutschen Rechtslehrer z. B. hat mir kürzlich einen Aufsatz übersandt mit einer Widmung, die das Oberverwaltungsgericht Münster als ‚das beste deutsche Oberverwaltungsgericht‘ bezeichnet. Die Ansichten über die Leistungen des Gerichts sind also nicht allgemein so pessimistisch. Diese Leistungen hätten sicher noch verbessert und beschleunigt werden können, wenn die nötigen Richterkräfte bereit gestellt worden wären.“ Wann der Ministerpräsident seine umstritten gebliebene Dienstaufsichtspraxis eingestellt hat, ließ sich nicht ermitteln.

## V. Schlussbemerkung

Der erste Präsident des Verwaltungsgerichts Düsseldorf Horion blickte im Mai 1980 aus Anlass seines 75. Geburtstag mit folgenden Worten auf die Anfangszeit zurück:

„Auch ich habe den Eindruck, dass wir damals bei der Grundlegung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Praxis – ohne jedes Vorbild – solide Arbeit geleistet haben, und dass die Fundamente auch heute noch stimmen. (...) Was sich dann anbahnte und rein äusserlich als Explosion der Verwaltungsgerichte in Erscheinung tritt, muss von der neuen Generation gemeistert werden. (...) Und ich möchte (...) allen aktiven Richtern wünschen, dass sie die für unseren Staat so wesentliche richterliche Aufgabe erfolgreich erfüllen, trotz aller Klippen, eine Aufgabe, die immer wieder in Frage gestellt ist und neu erkämpft werden muss, aber unabdingbar ist.“

Ein treffenderer Schlussgedanke hätte sich für diesen Beitrag nicht finden lassen, auch wenn – wenig überraschend – auf einzelne Richter und Vorgänge der ersten Jahre ein dunkler Schatten fällt.

<sup>115</sup> Vgl. Dokumentation (Fn. 1), Anlage 18.

<sup>116</sup> GV. NW. S. 47.

Ü b e r s e t z u n g

NRW/LEG/18580

Land Legal Department  
 HQ Land North Rhine-Westphalia  
 Duesseldorf  
 714 HQ CCG (BE)  
 BAOR 4

An den  
 Herrn Ministerpräsidenten  
 des Landes Nordrhein-Westfalen

4. Juli 1949

D ü s s e l d o r f

Betr.: Bestätigung von Ernennungen

1. Auf Grund des Art. V, § 9 des Gesetzes No. 2 der Militärregierung die Ernennung der nachfolgend genannten Personen hiermit genehmigt:-

<u>Name</u>	<u>Stellung</u>	<u>Gericht</u>
Dr. van HUSEN, Paul	Präsident	Oberverwaltungsgericht
Dr. SCHMIDT-TOPHOFF, Alfons	Senatspräsident	Oberverwaltungsgericht
van ENDERT, Günther	Senatspräsident	Oberverwaltungsgericht
Dr. LEHMANN, Bruno	Senatspräsident	Oberverwaltungsgericht
HAWRANKE, Julius	Senatspräsident	Oberverwaltungsgericht
Dr. MEYER-WESTPHALEN, Fritz	Oberverwaltungsger. Rat	Oberverwaltungsgericht
RHEINS, Max	Oberverwaltungsger. Rat	Oberverwaltungsgericht
SCHEEBARTH, Walter	Oberverwaltungsger. Rat	Oberverwaltungsgericht
MAGER, Oswald	Oberverwaltungsger. Rat	Oberverwaltungsgericht
MEISSEN, Gerd	Oberverwaltungsger. Rat	Oberverwaltungsgericht
MÜLLER, Friedrich	Oberverwaltungsger. Rat	Oberverwaltungsgericht
SENDLER, Gerhard	Oberverwaltungsger. Rat	Oberverwaltungsgericht
von PERBANDT, Sklode	Oberverwaltungsger. Rat	Oberverwaltungsgericht
Dr. THIELE, Franz	Präsident	Landesverwaltungsgericht Arnsberg
Dr. MIRGEN Alexander	Präsident	LVG Köln
Dr. LOENING, Helmuth	Präsident	LVG Minden
SCHÖTTLER, August	Präsident	LVG Münster
HORION, Gerwin	Präsident	LVG Düsseldorf
Dr. KLAUSENER, Bruno	Präsident	LVG Aachen
von WANGENHEIM, Hans-Heinz	Verwalt. Ger. Direktor	LVG Gelsenkirchen
Dr. MARWITZ, Georg	Verwalt. Ger. Direktor	LVG Gelsenkirchen
FISCHER, Eduard	Verwalt. Ger. Direktor	LVG Düsseldorf
Dr. BRAND, Werner	Verwalt. Ger. Direktor	LVG Düsseldorf
Dr. v. GESCHER, Alfred	Verwalt. Ger. Direktor	LVG Münster
BRASCHOSS, Paul	Verwalt. Ger. Direktor	LVG Minden
SCHULTE, Josef	Verwalt. Ger. Direktor	LVG Köln
Dr. BALLERSTAEDT, Franz	Verwalt. Ger. Direktor	LVG Arnsberg

OPPERMANN, Hans	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. KOCH, Hans	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
von GERDTELL, Siegf.	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
von DASSEL, Ulrich	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
DRESCHHOFF, Kurt	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. SCHULZ-SPONHOLZ, Heinz	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
BROSSOK, Eberhard	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. DREWS, Kurt	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. MERSMANN, Herm.	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
SCHLEICHER, Mathias	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
STEEGMANN, Hans	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. THIEL, Friedrich	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
PINTZKER, Johannes	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. SCHEFFLER, Frau Erna	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
REIFF, Aloys	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. KNABE, Carl	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. HERRMANN, Joh.	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
FESSLER, Franz	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
GOECKE, Gustav	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
LANDGRÄBER, Klemens	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
PELLMANN, Karl	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
Dr. KREFT, Karl	Landesverwaltungsgerichtsrat	Landesverwaltungsger.
RICHTER, Bernhard	Ausserplanmässiger Verwaltungsrichter	
v.d. SCHULENBURG, Waldemar	Ausserplanmässiger Verwaltungsrichter	
Dr. STREIT, Wolfgang	Ausserplanmässiger Verwaltungsrichter	
Dr. GIERSE, Caspar	Ausserplanmässiger Verwaltungsrichter	

2. Mit Beziehung auf Ihr an den Herrn Gebietsbeauftragten gerichtetes Schreiben vom 5. Juli 1949, Mo/Bo/49, ist der Name des Herrn Dr. Ambrosius von der ursprünglichen Liste gestrichen worden, und der Name des Herrn Dr. Michel ist vorläufig nicht einbezogen worden, da noch keine Antwort auf unsere Anfragen von der französischen Militärregierung eingegangen ist.

gez. A. MACKENZIE  
Legal Adviser to the  
Regional Commissioner

Düsseldorf  
Mil: 27205  
Civ: 2027, Ext: 461

# Die Eigenständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Von Prof. Dr. Dr. h.c. (TSU Tiflis) Christian von Coelln, Universität Köln

## A. Einleitung

Jubiläen geben Anlass zu Rückblick, Selbstvergewisserung und Vorausschau. Das ist bei staatlichen Institutionen nicht anders als bei privaten Vereinigungen oder bei Menschen – und es gilt auch für die Justiz. Speziell die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit wird seit langer Zeit von der Diskussion über ihre Zusammenlegung mit den besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeiten, insbesondere mit der Sozialgerichtsbarkeit, begleitet. Die Prognose, dass diese Debatte andauert, erscheint nicht allzu gewagt. Insofern bietet es sich an, die einschlägigen Überlegungen anlässlich des hier zu würdigenden Jubiläums der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit noch einmal in den Blick zu nehmen. Was spricht für die Beibehaltung der Eigenständigkeit, was für eine Fusion einzelner Gerichtsbarkeiten? Und wie wäre eine Zusammenlegung, so sie denn politisch gewollt sein sollte, zu erreichen?

Viele der damit angesprochenen Fragen stellen sich für alle Fachgerichtsbarkeiten in ähnlicher Weise oder sie betreffen die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch in anderen Ländern. Jedenfalls der Blick in Art. 74 LV NRW aber reichert die im Folgenden vorgenommene Standortbestimmung um eine Komponente an, die so allein die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit betrifft.

## B. Die Reformdiskussion

Mit seinen grundgesetzlich durch Art. 95 Abs. 1 GG zumindest vorgezeichneten Fachgerichtsbarkeiten<sup>1</sup> weist Deutschland im internationalen Vergleich eine besonders stark ausdifferenzierte Justiz auf. Etliche andere Staaten haben sich für Modelle mit Einheitsgerichtsbarkeiten oder einer zumindest deutlich kleineren Zahl von Fachgerichtsbarkeiten entschieden, ohne dass sie von vornherein im Verdacht defizitärer Rechtsstaatlichkeit stehen.<sup>2</sup> Schon aus diesem Grund ist die Frage nach der Sinnhaftigkeit des gewählten Modells allemal legitim.

### I. Praktische Ansätze zur Zusammenlegung oder Annäherung von Fachgerichtsbarkeiten

Seit ca. 70 Jahren hat es immer wieder Vorstöße zur Zusammenlegung jedenfalls einzelner Fachgerichtsbarkeiten oder zumindest zur Vereinheitlichung ihres Verfahrensrechts gegeben. Erfolg war keiner dieser Initiativen beschieden.

1. Frühe Forderungen zur Vereinheitlichung des Verfahrensrechts  
Bereits während der Beratung der Entwürfe für die VwGO, das SGG und die FGO Mitte der 1950er-Jahre war die Gefahr einer entstehenden Rechtszersplitterung beklagt und eine Vereinheitlichung gefordert worden.<sup>3</sup> 1956 hatte der Deutsche Bundestag die Bundesregierung aufgefordert, „den Entwurf einer Prozeßordnung vorzulegen, die das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten – mit Ausnahme des Strafverfahrens und des Verfahrens in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit –, den Arbeitsgerichten, den Verwaltungsgerichten, den Sozialgerichten und den Finanzgerichten unter Wahrung der Besonderheiten der einzelnen Verfahrensarten vereinheitlicht“.<sup>4</sup> In den vorangegangenen Beratungen war die Vorstellung geäußert worden, „mit Hilfe einer einheitlichen Prozeßordnung zu einer einheitlichen Gerichtsbarkeit“ zu gelangen.<sup>5</sup> Intensiv diskutiert wurde über die

Frage, ob – ggf. als erster Schritt – die drei öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen vereinheitlicht werden sollten.<sup>6</sup>

### 2. Der Speyerer Entwurf

Am 11.11.1968 setzte die Bundesregierung einen „Koordinierungsausschuss zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Sozialgerichtsgesetzes“ ein, der einheitliche Grundsätze für die Gestaltung einer künftigen Vereinheitlichung der drei öffentlich-rechtlichen Prozeßordnungen erarbeiten und die künftige Gesetzgebung des Bundes darauf überprüfen sollte, ob das Ziel der erstrebten Vereinheitlichung durch einzelne Bestimmungen erschwert würde. Einen konkreten Vorschlag, wie diese Vereinheitlichung aussehen könnte, enthielt der 1969 vorgelegte und nach seiner Entstehung an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften benannte „Speyerer Entwurf“.<sup>7</sup>

### 3. Versuche des Erlasses einer Verwaltungsprozessordnung

Sowohl in der 9. als auch in der 10. Legislaturperiode brachte die Bundesregierung sodann jeweils einen Gesetzentwurf für eine „Verwaltungsprozessordnung“ (VwPO) ins parlamentarische Verfahren ein.<sup>8</sup> Die VwPO sollte – dem Speyerer Entwurf bewusst folgend –<sup>9</sup> die drei Gerichtszweige der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht antasten,<sup>10</sup> sondern diene allein dazu, für sie eine gemeinsame Gerichtsverfassung und gemeinsame Verfahrensvorschriften bereitzustellen. In beiden Fällen kam es zum ersten Durchgang im Bundesrat<sup>11</sup> sowie zur ersten Beratung im Bundestag, die jeweils mit einer Verweisung in die Ausschüsse endete.<sup>12</sup> Weitere Verfahrens-

1 Zu Art. 95 Abs. 1 GG näher unten C.I.2.

2 Franke, ZRP 1997, 333, 334 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 95 Rn. 10; Sydow, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Loseblatt, Stand 223. Akt. Februar 2024, Art. 95 Rn. 1.

3 Siehe zusammenfassend die Darstellung der Vorgeschichte im Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung (VwPO), BT-Drs. 10/3437, S. 63.

4 Antrag der FDP-Fraktion, BT-Drs. 02/2435, angenommen (in der Fassung des Ausschussberichts in BT-Drs. 02/2795, der keine Änderung vorschlug) am 29.11.1956, BT-PIPr. 2/174, S. 9633 D.

5 Siehe den Beitrag des Berichterstatters Bauer, BT-PIPr. 2/174, S. 9633 A.

6 Siehe einmal mehr die Darstellung der Vorgeschichte im Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung (VwPO), BT-Drs. 10/3437, S. 63 f.

7 Darstellung der Vorgeschichte im Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung (VwPO), BT-Drs. 10/3437, S. 64.

8 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung (VwPO), BT-Drs. 9/1851, 10/3437.

9 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung (VwPO), BT-Drs. 9/1851, S. 65; BT-Drs. 10/3437, S. 65.

10 § 1 VwPO hätte nach diesen Entwürfen in seinen drei Absätzen die die Verwaltungs-, Finanz- bzw. Sozialgerichtsbarkeit ausübenden Gerichte in ihrem damaligen und bis heute aktuellen Bestand nennen sollen.

11 Am 30.04.1982, BR-PIPr. 511, S. 148 B-152 D, bzw. am 29.04.1983, BR-PIPr. 521, S. 111 C-112 C.

12 Am 26.11.1982, BT-PIPr. 9/131, S. 8153 A-8157 D, bzw. am 16.06.1985, BT-PIPr. 10/148, S. 11053 D-11059 B. Redeker, NJW 2004, 496, führt aus, der erste der beiden Entwürfe sei parlamentarisch nie beraten worden; in den 20 folgenden Jahren habe es keine neuen ähnlichen Bemühungen gegeben. Angesichts der Tatsache, dass die erste Beratung im Bundestag in beiden Fällen stattgefunden hat und dass der Entwurf in der 10. Legislaturperiode erneut eingebracht wurde, ist diese Aussage mindestens ungenau.

schritte fanden nicht mehr statt,<sup>13</sup> sodass die Entwürfe am Ende der 9. bzw. der 10. Legislaturperiode wegen des Grundsatzes der Diskontinuität des Bundestages verfielen.<sup>14</sup>

#### 4. Die Vorschläge des Sachverständigenrats „Schlanker Staat“

Im Sommer 1997 legte der von der Bundesregierung im Herbst 1995 eingesetzte Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ seinen Abschlussbericht vor. Zu den darin enthaltenen Empfehlungen gehörte u. a. die flächendeckende Errichtung einheitlicher Rechtspflegeministerien, bei denen die vielfach auf unterschiedliche Ministerien verteilten Zuständigkeiten für die einzelnen Gerichtsbarkeiten gebündelt werden sollten. Außerdem schlug der Sachverständigenrat eine Verringerung der Zahl der Gerichtszweige auf zwei vor: zum einen die ordentliche Gerichtsbarkeit, zum anderen die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das hätte die Eingliederung der Arbeitsgerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Einbeziehung der besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeiten in die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit bedingt. Damit verbunden sein sollte eine Zusammenführung der Verfahrensordnungen. Soweit es um die Verwaltungsgerichtsbarkeit ging, sollte nach den Vorstellungen des Sachverständigenrats eine gemeinsame Verwaltungsprozessordnung geschaffen werden.<sup>15</sup>

#### 5. Der Versuch einer Öffnung des Bundesrechts für die

##### Zusammenführung der Gerichtsbarkeiten auf der Landesebene

Im Juni 2004 schließlich hat sich die Justizministerkonferenz für die Schaffung einer bundesrechtlichen Öffnungsklausel ausgesprochen, die es den Ländern ermöglichen sollte, ihre Gerichte der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit zusammenzuführen. Es erscheine zumindest zweifelhaft, ob Art. 95 Abs. 1 GG und Art. 108 Abs. 6 GG nach geltendem Recht selbst einer auf die Ebene der Länder beschränkten Zusammenlegung von Gerichten der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit entgegenstünden.<sup>16</sup> Der Bundesrat beschloss daraufhin zwei Gesetzentwürfe:<sup>17</sup> Der eine sah eine Verfassungsänderung vor, durch die Art. 108 Abs. 6 GG (einheitliche Regelung der Finanzgerichtsbarkeit durch Bundesgesetz) aufgehoben und Art. 92 GG um einen zweiten Absatz ergänzt werden sollte. Nach der neuen Vorschrift hätten die Länder bestimmen können, dass Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit durch Fachgerichte einheitlich ausgeübt werden.<sup>18</sup> Der andere Entwurf war der eines „Zusammenführungsgesetzes“, das den Ländern die Zusammenführung ihrer Gerichte der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit zu einheitlichen Gerichten ermöglichen sollte.<sup>19</sup> Beide Entwürfe wurden in den Bundestag eingebracht. Nach der ersten Beratung mit abschließender Verweisung in die Ausschüsse<sup>20</sup> endet die parlamentarische Befassung auch mit diesen Entwürfen,<sup>21</sup> sodass sie mit Ende der 15. Legislaturperiode ebenfalls der Diskontinuität anheimfielen.

## II. Die Argumente für und gegen die Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten

Die in diesem Kontext vorgebrachten Argumente sind regelmäßig nicht unplausibel, aber auch nicht zwingend. Das gilt unabhängig davon, ob sie die Forderung nach einer Änderung oder nach einer Beibehaltung des Status quo begründen sollen.

### 1. Die Hoffnung auf Synergieeffekte

Die immer wieder vorgetragene Hoffnung auf Synergieeffekte<sup>22</sup> hält näherer Überprüfung nur in dem Maße stand, in dem eine größere Gerichtsbarkeit günstiger sein sollte als mehrere kleinere. Das müsste zumindest näher dargelegt und nicht nur behauptet werden.<sup>23</sup> Abgesehen von der – freilich kaum ins Gewicht fallenden – geringeren Zahl von Leitungspositionen<sup>24</sup> und einer möglicherweise kleineren Zahl von Mitarbeitern der Justizverwaltung<sup>25</sup> hängen die Kosten einer bestimmten Zahl

von Richtern nicht davon ab, ob diese an einer Gerichtsbarkeit oder bei Gerichten mehrerer Rechtswege tätig sind.<sup>26</sup> Nicht ausschließen lässt sich immerhin, dass sich die Gesamtzahl der benötigten Richter durch eine Zusammenlegung einzelner Fachgerichtsbarkeiten senken ließe, weil die Gefahr verringert würde, dass steigendem Geschäftsanfall bei einer Gerichtsbarkeit durch Schaffung neuer Stellen begegnet werden müsste, obwohl bei einer anderen Gerichtsbarkeit aufgrund zurückgehender Fallzahlen richterliche Überkapazitäten entstehen. Eine andere Frage ist es, ob sich dieser Effekt auch ohne eine Fusion von Gerichtsbarkeiten durch eine Änderung des DRiG erreichen ließe.<sup>27</sup>

Unabhängig davon würde auch für die Zusammenlegung von Gerichten der allgemeine Befund gelten, dass Veränderungen, von denen man sich dauerhaft Einsparungen verspricht, zunächst typischerweise Geld kosten. Im Fall einer Zusammenlegung der Verwaltungs- und der Sozialgerichtsbarkeit wäre etwa in Nordrhein-Westfalen zu bedenken, dass die Gerichtssitze nur zum Teil identisch sind: Sowohl Verwaltungs- als auch Sozialgerichte gibt es nur in Aachen, Düsseldorf, Gelsenkirchen, Köln und Münster. In Arnsberg und Minden haben allein Verwaltungsgerichte ihren Sitz,<sup>28</sup> in Detmold, Dortmund und Duisburg nur Sozialgerichte.<sup>29</sup> Anders als das in Münster angesiedelte OVG<sup>30</sup> hat das LSG seinen Sitz in Essen.<sup>31</sup> Eine Zusammenlegung würde – praktische Schwierigkeiten heraufbeschwörende – Zweigstellenlösungen oder neue und größere Gerichtsgebäude erfordern, deren Errichtung finanziert werden müsste.<sup>32</sup>

### 2. Die Spezialisierung und die Qualität der Rechtsprechung

Im Übrigen sind Synergieeffekte kein Selbstzweck. Rechtsstaatlichkeit hat ihren Preis – und ihre Verwirklichung hängt stark von der Qualität der Rechtsprechung ab. Das scheint prima facie für die Aufrechterhaltung getrennter Rechtswege zu sprechen: Dass die Qualität der Rechtsprechung angesichts der Komplexi-

13 Siehe die Übersichten zum jeweiligen Vorgangsablauf unter <https://dip.bundestag.de/vorgang/verwaltungsprozessordnung-vvpo-g-sig-09020170/205807> bzw. <https://dip.bundestag.de/vorgang/verwaltungsprozessordnung-vvpo-g-sig-10020015/197748>.

14 So zum Vorgang der 9. Legislaturperiode *Redeker*, NJW 2004, 496; zu dem der 10. Legislaturperiode *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132, 134.

15 *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132 ff. mit Verweis auf Sachverständigenrat „Schlanker Staat“, Abschlussbericht, Bd. 1, 1998.

16 Siehe dazu den Gesetzentwurf des Bundesrates: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 92 und 108), BT-Drs. 15/4108, S. 1. Vorausgegangen war im November 2003 die Einsetzung einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die Vorschläge zur Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit erarbeiten sollte. Dazu *Redeker*, NJW 2004, 496.

17 Am 24.09.2004, BR-PIPr. 803, S. 445 A-446 C.

18 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 92 und 108), BT-Drs. 15/4108.

19 Entwurf eines Gesetzes zur Öffnung des Bundesrechts für die Zusammenführung von Gerichten der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit in den Ländern (Zusammenführungsgesetz), BT-Drs. 15/4109.

20 Am 16.12.2004, BT-PIPr. 15/148, S. 13825 D-13826 C.

21 Zu Details siehe <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-änderung-des-grundgesetzes-artikel-92-und-108-g-sig/97103> bzw. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-öffnung-des-bundesrechts-für-die-zusammenführung-von-gerichten/97172>.

22 U.a. *Franke*, ZRP 1997, 333, 335.

23 Dazu *Redeker*, AnwBl. 2004, 417, 419, mit dem Hinweis, die Synergieeffekte seien nur ein Schlagwort.

24 *Redeker*, NJW 2004, 496.

25 Darauf stellt *Franke*, ZRP 1997, 333, 335, ab.

26 *Brand*, AnwBl. 2004, 418, spricht von minimalen Einspareffekten.

27 Eine solche Lösung präferiert *Brand*, AnwBl. 2004, 418.

28 § 17 JustG NRW.

29 §§ 17, 20 Abs. 2 JustG NRW.

30 § 16 JustG NRW.

31 § 20 Abs. 1 JustG NRW.

32 Dazu *Redeker*, AnwBl. 2004, 417, 419.

tät unserer Rechtsordnung von der Spezialisierung der zur Entscheidung berufenen Richter (und der Anwälte) abhängt,<sup>33</sup> ist eine einleuchtende These. Als Argument für die Aufrechterhaltung unterschiedlicher Gerichtsbarkeiten kommt diesem berechtigten Hinweis allerdings nur begrenztes Gewicht zu.<sup>34</sup> Spezialwissen dürfte sich auch durch die Geschäftsverteilung in einzelnen Spruchkörpern aufbauen und erhalten lassen.<sup>35</sup> Die von § 93 GVG für die Landesregierungen geschaffene Möglichkeit, bei den Landgerichten Kammern für Handelssachen zu schaffen, beruht auf dem Gedanken des Bundesgesetzgebers, dass die Bildung besonderer Spruchkörper mit speziellem – hier: wirtschaftlichem – Sachverstand trotz der strikten Gesetzesbindung der Gerichte nach wie vor berechtigt ist.<sup>36</sup> Dass die hierzu nicht verpflichteten<sup>37</sup> Landesregierungen von dieser Möglichkeit für alle Landgerichte Gebrauch gemacht haben,<sup>38</sup> deutet darauf hin, dass sie den Gedanken teilen – ohne dass insofern die Einrichtung einer eigenen Gerichtsbarkeit gefordert würde: Überlegungen zu der Frage, ob wir „die Handelsgerichtsbarkeit“ brauchen,<sup>39</sup> zielen nicht auf die Einrichtung eines neuen Gerichtszweigs, sondern reflektieren die Beibehaltung des bestehenden Systems der Kammern für Handelssachen.

### 3. Die Steigerung oder Reduzierung der Komplexität der Rechtsordnung

Umgekehrt muss die Verringerung der Zahl der Gerichtsbarkeiten nicht zwingend einen Beitrag dazu leisten, die Komplexität der Rechtsordnung zu begrenzen. Selbst wenn man annehmen möchte, dass es „außer Frage steht“, dass die Rechtsprechung an der Normenspirale mitwirkt, ist damit nicht zwingend belegt, dass „sie es um so stärker tut, je spezialisierter sie ist“.<sup>40</sup> Zumindest leuchtet nicht ein, dass dieser Effekt durch unterschiedliche Gerichtszweige in stärkerem Maße hervorgerufen werden muss als durch die aus Gründen der Rechtsprechungsqualität andernfalls erforderlichen spezialisierten Spruchkörper innerhalb einer einheitlichen Gerichtsbarkeit.

Auch die Vereinfachung der Rechtsordnung, die durch die Verwendung einer einheitlichen Prozessordnung erreicht werden soll,<sup>41</sup> setzt keine Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten voraus. In Betracht kommt eine solche Vereinheitlichung der Verfahrensregeln ohnehin nur im Bereich der drei Verwaltungsgerichtsbarkeiten.<sup>42</sup> Für diese aber liegt mit dem (bislang stets gescheiterten) Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung<sup>43</sup> ein einheitliches Prozessrecht gewissermaßen einsatzbereit in der Schublade des Gesetzgebers, das die drei Fachgerichtsbarkeiten in ihrem Bestand nicht antasten wollte und würde.

## C. Die verfassungsrechtliche Garantie der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Jenseits dieser rechtspolitischen Überlegungen stellt sich aus rechtlicher Perspektive die Frage, auf welchem Weg Änderungen – so man sie denn herbeiführen wollte – realisiert werden könnten: Genügen Maßnahmen des einfachen Gesetzgebers? Oder müssten das Grundgesetz bzw. die Landesverfassung geändert werden?<sup>44</sup> In beiden Verfassungen ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit – in unterschiedlicher Form – garantiert.

### I. Die Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grundgesetz

#### 1. Keine Verbürgung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Art. 19 Abs. 4 GG

Soweit es um das Grundgesetz geht, spielt Art. 19 Abs. 4 GG, der mit dieser Frage spontan assoziiert werden könnte, tatsächlich keine Rolle. Zwar wird der gegen die Verletzung subjektiver Rechte durch die öffentliche Gewalt geforderte Rechtsweg regelmäßig in Form von Rechtsbehelfen zu Verwaltungsgerichten

bereitgestellt. Zwingend ist dies sub specie des Art. 19 Abs. 4 GG aber nicht. Die Vorschrift selbst verpflichtet den Staat nicht zur Einrichtung (gerade) von Verwaltungsgerichten.<sup>45</sup>

2. Die Verbürgung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Art. 95 Abs. 1 GG  
 Jedoch sieht Art. 95 Abs. 1 GG vor, dass der Bund für fünf einzelne Gebiete, zu denen auch das Gebiet der Verwaltungsgerichtsbarkeit zählt, oberste Gerichtshöfe errichtet: den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht.

#### a) Die Entstehung von Art. 95 Abs. 1 GG

Die Vorschrift hatte zunächst die Errichtung eines Obersten Bundesgerichts zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts vorgesehen. Dazu war es trotz mehrfacher Anläufe nicht gekommen.<sup>46</sup> Darauf ersetzte der verfassungsändernde Gesetzgeber den Auftrag zur Errichtung des Obersten Bundesgerichts durch die in Art. 95 Abs. 3 GG verortete Pflicht zur Bildung eines Gemeinsamen Senats der Obersten Bundesgerichte, deren Errichtung nunmehr in Art. 95 Abs. 1 GG vorgesehen wurde.<sup>47</sup> Zuvor hatte Art. 96 Abs. 1 GG a. F. den Auftrag enthalten, für die Gebiete der fünf einzeln benannten Fachgerichte (nicht näher benannte) „obere Bundesgerichte“ zu errichten.

#### b) Die Normgehalte von Art. 95 Abs. 1 GG

Art. 95 Abs. 1 GG weist mehrere Normgehalte auf.

#### aa) Die Errichtung und der Fortbestand der obersten Bundesgerichte

Seinem Wortlaut nach verpflichtet er den Bund zur Errichtung der genannten obersten Gerichtshöfe. Dieser (seinerzeit, wie gerade erläutert, noch in Art. 96 Abs. 1 GG a. F. enthaltene) Auftrag wurde, soweit er sich auf das Bundesverwaltungsgericht bezieht, durch dessen Errichtung in Berlin<sup>48</sup> 1952 bzw. 1953

33 Redeker, AnwBl. 2004, 417.

34 Für eine Steigerung der Qualität durch spezialisierte Gerichtszweige aber Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 95 Rn. 21; Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2569, 2572.

35 Skeptisch Brand, AnwBl. 2004, 418: Folge einer Zusammenlegung sei ein Verlust an Spezialkenntnissen und eine Verminderung der Qualität der Rechtsprechung.

36 Pernice, in: Graf, BeckOK GVG, 22. Ed. Stand 15.02.2024, Vorbemerkungen zu § 93 Rn. 2.

37 Zum (gerichtlich nicht überprüfbaren) Ermessen der Landesregierungen Pernice (Fn. 36), § 93 Rn. 1.

38 Pabst, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, GVG § 93 Rn. 4.

39 Windel, AnwBl. Online 2019, 105 ff.

40 Franke, ZRP 1997, 333, 335.

41 Redeker, AnwBl. 2004, 417 ff.; Redeker, NJW 2004, 496, 497. Dazu auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung (VwPO), BT-Drs. 9/1851, S. 61; BT-Drs. 10/3437, S. 61.

42 Zu den grundlegenden Unterschieden zwischen dem Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess einerseits und den Verfahren vor den Finanz-, Sozial- und Verwaltungsgerichten andererseits siehe Redeker, NJW 2004, 496.

43 Oben Fn. 8.

44 Redeker, AnwBl. 2004, 417, 419, warnt vor Verfassungsänderungen mit dem Argument, die Verfassung (konkret: das Grundgesetz) sei nicht Manövriermasse des Gesetzgebers; sie solle nicht jeder gerade modern erscheinenden Vorstellung angepasst werden. Aussicht darauf, mit derartigen Postulaten Gehör in der Politik zu finden, dürfte freilich kaum noch bestehen.

45 Funke, in: Dreier, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 19 IV Rn. 58.

46 Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, GG, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 95 Rn. 11. Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 95 Rn. 8, nennt als Grund fehlenden institutionell-organisatorischen Bedarf.

47 Durch das Sechzehnte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 18.06.1968, BGBl. I S. 657.

48 Durch das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht v. 23.09.1952, BGBl. I S. 625. § 1 des Gesetzes legte die Errichtung des Gerichts in Berlin fest, die §§ 2 ff. des Gesetzes enthielten (weitere) Vorschriften über die Gerichtsverfassung sowie über das Verfahren. Aufgehoben wurde dieses Gesetz durch § 195 Abs. 2 Nr. 2 VwGO v. 21.01.1960, BGBl. I S. 17.

erfüllt;<sup>49</sup> die 1997 festgelegte und 2002 erfolgte Verlegung des Gerichts nach Leipzig<sup>50</sup> war eine Konsequenz der Wiedervereinigung. Sie diene der möglichst gleichmäßigen Verteilung der Institutionen des Bundes und verdeutliche räumlich die Trennung vom Regierungssitz.<sup>51</sup> Gleichzeitig verbietet Art. 95 Abs. 1 GG dem Bund aufgrund seines abschließenden Charakters die Errichtung weiterer oberster Gerichtshöfe.<sup>52</sup>

Obsolet ist Art. 95 Abs. 1 GG damit schon deshalb nicht, weil die Vorschrift nicht nur die Errichtung der obersten Bundesgerichte gebietet, sondern den Fortbestand jedes einzelnen von ihnen.<sup>53</sup> Ihre Auflösung ist untersagt; ebenso wie die anderen Gerichtshöfe ist daher auch das Bundesverwaltungsgericht verfassungsrechtlich institutionell garantiert.<sup>54</sup> Zu seiner ministeriellen Zuordnung (oder zu der der anderen obersten Gerichtshöfe) verhält sich Art. 95 Abs. 1 GG hingegen nicht.<sup>55</sup>

Der – zutreffende – Hinweis, dass eine rein organisatorische Zusammenlegung oberster Gerichtshöfe hinsichtlich solcher Aufgaben zulässig wäre, die materiell keine Rechtsprechung darstellen (z. B. die Justizverwaltung, Bibliotheken etc.),<sup>56</sup> dürfte aufgrund der klaren räumlichen Trennung weitgehend theoretischer Natur bleiben. Nicht auszuschließen ist freilich, dass moderne Möglichkeiten etwa der Verwaltungs- und Bibliotheksverwaltung hier doch zu Formen der Kooperation bis hin zur Zusammenlegung genutzt werden.<sup>57</sup> Dagegen wäre verfassungsrechtlich nichts zu erinnern.

#### bb) Die Pflicht zur Belassung substantieller Kompetenzen

Indem Art. 95 Abs. 1 GG neben den obersten Gerichtshöfen fünf Fachgerichtsbarkeiten unter Bezeichnung ihres Sachgebiets nennt, garantiert die Vorschrift zugleich einen Kernbestand an entsprechender Sachkompetenz,<sup>58</sup> der den Gerichtshöfen jeweils belassen bleiben muss.<sup>59</sup> Dass die einzelnen Gebiete im Grundgesetz selbst nicht definiert sind, ändert daran nichts.

Jedoch hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der Zuweisung bestimmter Fragen an einzelne Gerichtszweige.<sup>60</sup> Um Art. 95 Abs. 1 GG als eindeutige Festlegung von Zuständigkeiten (miss-)zuverstehen, müsste man die Vorschrift als verfassungsrechtliche Festschreibung der Zuständigkeitsverteilung des Jahres 1968 (als die Vorschrift an ihren aktuellen Standort verlagert wurde) bzw. zum Zeitpunkt des Erlasses des Grundgesetzes interpretieren. Das wäre angesichts zumindest vorstellbarer Änderungsnotwendigkeiten erkennbar nicht das intendierte Ergebnis;<sup>61</sup> der Wortlaut der Vorschrift deutet auch nicht in diese Richtung.

Die Grenzen des Spielraums wären nicht erst erreicht, wenn eines der Bundesgerichte seiner Entscheidungszuständigkeiten vollständig verlustig ginge. Der Gesetzgeber ist bereits daran gehindert, einzelne Gerichtsbarkeiten durch die Verlagerung bedeutsamer Zuständigkeiten (schrittweise) auszutrocknen.<sup>62</sup> Diskutiert wird in diesem Zusammenhang bis heute die Frage, ob die Zuweisung von Streitigkeiten im Bereich der Sozialhilfe an die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit vor 2005 der Sozialgerichtsbarkeit in zu weitem Umfang Zuständigkeiten vorenthalten hat.<sup>63</sup> Zumindest dürfte dieser Zustand die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen ausgereizt haben.<sup>64</sup> Jedenfalls seit der Verlagerung der Sozialhilfe auf die Sozialgerichte ab dem 01.01.2005<sup>65</sup> ist das Problem für die Praxis ausgeräumt.<sup>66</sup> Dass die Sozialhilfe zum unentziehbaren Kernbereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit zählt, lässt sich jedenfalls nicht sinnvoll vertreten.

#### cc) Die Errichtung als oberste Bundesgerichte

Dass die genannten Gerichtshöfe „als oberste Gerichtshöfe“ zu errichten sind, setzt in jeder Gerichtsbarkeit prinzipiell einen Instanzenzug voraus – also die Existenz mindestens eines vor dem Bundesgericht zunächst zuständigen Gerichts.<sup>67</sup> Die in Art. 95 Abs. 1 GG genannten Gerichtshöfe werden typischerweise als Revisionsgerichte tätig. Das schließt die exzeptionelle Zuweisung erstins-

tanzlicher Zuständigkeiten an sie ebenso wenig aus wie Landesgerichte, die als Revisionsinstanz zuständig sind.<sup>68</sup>

#### dd) Die Verbürgung der fünf Fachgerichtsbarkeiten auch auf Landesebene?

Aufgrund von Art. 95 Abs. 1 GG steht fest, dass eine Zusammenlegung einzelner Gerichtsbarkeiten auf Bundesebene, also z. B. die Eingliederung des Bundessozialgerichts in das Bundesverwaltungsgericht, nur über eine Verfassungsänderung erreichbar wäre. Davon zu trennen ist die Frage, ob Art. 95 Abs. 1 GG die fünf Fachgerichtsbarkeiten auch auf Landesebene fordert. Denklogisch wäre es nicht ausgeschlossen, dass den Ländern die Möglichkeit zur Zusammenlegung von Fachgerichtsbarkeiten seitens des Bundes auch einfachgesetzlich eingeräumt werden könnte. Sofern sie von dieser Möglichkeit bspw. durch die Zusammenlegung der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte der Sozial- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit Gebrauch machen sollten, würde Art. 95 Abs. 1 GG nur<sup>69</sup> verlangen, dass sich der auf Landesebene einheitliche Rechtsweg beim Erreichen der Bundesebene aufgliedert.<sup>70</sup> Gegen die Entscheidungen

- 49 Nach § 79 S. 1 des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht v. 23.09.1952, BGBl. I S. 625, war das Gericht drei Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes zu errichten. Die tatsächliche Errichtung erfolgte – soweit man den Festakt der Eröffnung als maßgeblichen Tag ansieht – am 08.06.1953 (so *Vofskuhle* [Fn. 46], Art. 95 Rn. 20, mit Hinweis auf die Nennung des Tages des Eröffnungsfestakts in Fn. 3).
- 50 Durch das Gesetz zur Verlagerung des Sitzes des Bundesverwaltungsgerichts von Berlin nach Leipzig v. 21.11.1997, BGBl. I S. 2742. Technisch wurde diese Sitzverlegung durch eine Änderung von § 2 VwGO bewirkt, der den Sitz des BVerwG bestimmt. Mit Rechtsverordnung v. 24.06.2002, BGBl. I S. 2371, wurde schließlich der 26.08.2002 als Zeitpunkt für die Sitzverlegung bestimmt.
- 51 *Stelkens/Panzer*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Bd. 1, Loseblatt, Stand 44. EL März 2023, VwGO § 2 Rn. 21.
- 52 *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 95 Rn. 3. Nach BVerfGE 8, 174, 176, bestimmen die Art. 92 ff. GG abschließend, welche Gerichte der Bund errichten kann; im Übrigen werde die rechtsprechende Gewalt gem. Art. 92 GG durch die Gerichte der Länder ausgeübt.
- 53 *Vofskuhle* (Fn. 46), Art. 95 Rn. 21. Der Bundesrat weist in seinem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 92 und 108), BT-Drs. 15/4108, S. 6, darauf hin, dies sei unstrittig.
- 54 Vgl. *Detterbeck* (Fn. 52), Art. 95 Rn. 3; ebenso *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 95 Rn. 1 (Bestandsgarantie).
- 55 *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132, 133, str.
- 56 *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 95 Rn. 23; *Redeker*, NJW 2004, 496, 497.
- 57 Siehe freilich die womöglich auch nach 20 Jahren noch nicht überholte Einschätzung von *Redeker*, NJW 2004, 496, die Vorstellung, in Flächenstaaten den Raum mithilfe der Elektronik zu überwinden, sei mindestens gegenwärtig ziemlich abenteuerlich und auch für eine ferne Zukunft kaum sinnvoll.
- 58 *Detterbeck* (Fn. 52), Art. 95 Rn. 4.
- 59 *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 95 Rn. 21.
- 60 *Meyer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 95 Rn. 30.
- 61 *Vofskuhle* (Fn. 46), Art. 95 Rn. 22, stellt bei den Überlegungen zu diesem (von ihm zutreffend abgelehnten) Gedanken auf den Erlass des Grundgesetzes ab.
- 62 *Vofskuhle* (Fn. 46), Art. 95 Rn. 22.
- 63 *Vofskuhle* (Fn. 46), Art. 95 Rn. 22, stuft diese – mittlerweile nicht mehr vorgenommene – Zuweisung als „verfassungsrechtlich bedenklich“ ein. Anders wohl *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 95 Rn. 22, unter Hinweis auf den Verbleib eines Kernbestandes an Zuständigkeiten bei der Sozialgerichtsbarkeit. Kritisch zur (seinerzeit erst geplanten) Übertragung an die Sozialgerichte *Redeker*, AnwBl. 2004, 417, 418.
- 64 *Silberkuhl*, NVwZ 1993, 46 f., der für eine einheitliche Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte in diesem Bereich plädiert, fordert denn auch eine entsprechende Änderung des Art. 95 Abs. 1 GG.
- 65 Durch das 7. SGGÄndG v. 09.12.2004, BGBl. I S. 3301.
- 66 Nach *Meyer* (Fn. 60), Art. 95 Rn. 31, hat der Bund mit dieser Änderung den Wandlungen des Typus „Sozialrecht“ Rechnung getragen.
- 67 *Detterbeck* (Fn. 52), Art. 95 Rn. 6; a. A. BVerfGE 28, 21, 36; 54, 277, 291.
- 68 *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 95 Rn. 19.
- 69 Skeptisch *Redeker*, AnwBl. 2004, 417, 419: Dürfte dem Bild eines dem Bürger verständlichen Gerichtsbaus schwerlich entsprechen.
- 70 *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 95 Rn. 11.

des Gerichts, das die heutigen Zuständigkeiten des OVG und des LSG erhalten würde, wären Rechtsbehelfe teils zum Bundesverwaltungsgericht, teils zum Bundessozialgericht eröffnet.

Art. 95 Abs. 1 GG würde dies zulassen, wenn er Vorgaben allein für die obersten Gerichtshöfe des Bundes enthielte.<sup>71</sup> Das ist jedoch nicht der Fall. Art. 95 Abs. 1 GG verpflichtet den Bund dazu, für die „Gebiete“ einzeln benannter „Gerichtsbarkeiten“ oberste Gerichtshöfe zu errichten. Das ist eine andere Formulierung als die alternativ denkbare Forderung nach Gerichtshöfen (nur) für bestimmte Gebiete. Eine „Gerichtsbarkeit“ ist für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten auf einem bestimmten Gebiet tätig – und sie wird von Gerichten ausgeübt, aus denen sie institutionell besteht. Das spricht dafür, in Art. 95 Abs. 1 GG die Forderung nach einer Gliederung in fünf Fachgerichtsbarkeiten auch auf Ebene der Länder zu sehen.<sup>72</sup> Dass Art. 92 GG ohne nähere Bestimmung nur allgemein von Gerichten der Länder spricht, steht dem nicht entgegen.<sup>73</sup> Funktional handelt es sich bei der Vorschrift um eine Kompetenzregelung, die das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesstaatsgewalt betrifft und die folglich dem hier vertretenen Verständnis des Art. 95 Abs. 1 GG nicht entgegensteht.

Eine (Ermöglichung der) Zusammenlegung einzelner Gerichtsbarkeiten auf Landesebene ist dem einfachen Gesetzgeber daher versagt.<sup>74</sup> Sie würde vielmehr eine vorherige Änderung des Grundgesetzes voraussetzen – die auf Bundesebene 2004 ja – wenn auch nur vorsorglich – hätte vorgenommen werden sollen.<sup>75</sup>

## II. Die Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen

### 1. Die Regelung des Art. 74 LV NRW

Anders als Art. 95 GG, der sich auf alle Gerichtszweige bezieht, befasst sich Art. 74 LV NRW gezielt mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Nach Art. 74 Abs. 1 LV NRW kann der Betroffene gegen die Anordnungen, Verfügungen und Unterlassungen der Verwaltungsbehörden die Entscheidung der Verwaltungsgerichte anrufen, die (sodann) zu prüfen haben, ob die beanstandete Maßnahme dem Gesetz entspricht und die Grenze des pflichtgemäßen Ermessens nicht überschreitet. Art. 74 Abs. 2 LV NRW legt fest, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch selbstständige Gerichte in mindestens zwei Stufen ausgeübt wird.

### 2. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 74 Abs. 1 LV NRW

Der Rechtsschutzgarantie des Art. 74 Abs. 1 LV NRW kommt aktuell nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung zu. Geschaffen wurde sie zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Rechtsschutzöffnung per Generalklausel, die von der Britischen Militärregierung in Abkehr vom preußischen Enumerationsprinzip eingeführt worden war.<sup>76</sup> Praktische Relevanz hat die Vorschrift heute insoweit kaum noch, als der Bund auf der Grundlage seiner Gesetzgebungszuständigkeit für das gerichtliche Verfahren (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) den Zugang zur Verwaltungsgerichtsbarkeit in § 40 VwGO geregelt hat. Zwar ist der enger gefasste<sup>77</sup> Art. 74 Abs. 1 LV NRW nicht außer Kraft getreten: § 195 Abs. 2 VwGO, der diese Rechtsfolge für mit der VwGO inhaltsgleiches Landesrecht vorsieht, gilt nicht für Landesverfassungsrecht.<sup>78</sup> Aber seine Wirkungen ergeben sich weitgehend bereits aus der VwGO bzw. aus Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>79</sup>

Rechtswirkungen entfaltet Art. 74 Abs. 1 Satz 1 LV NRW noch mit Blick auf die Möglichkeiten, die § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO eröffnet. Nach dieser Vorschrift können öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts auch durch Landesgesetz einem anderen Gericht als einem solchen der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit zugewiesen werden. An der vollständigen Ausnutzung speziell dieser bundesrechtlich eröffneten Gestaltungsmöglichkeit wird der nordrhein-westfälische Gesetzgeber durch Art. 74 Abs. 1 Satz 1 LV NRW gehindert,<sup>80</sup> weil hier die Anrufbarkeit gerade der Verwaltungsgerichte garantiert wird. Das

verbietet die – aus Sicht von § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO zulässige – Zuweisung an Gerichte z. B. der ordentlichen Gerichtsbarkeit.<sup>81</sup> Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht.“) steht diesem Ergebnis schon deshalb nicht entgegen, weil es an dem von dieser Vorschrift vorausgesetzten Normwiderspruch fehlt. Die bundesrechtliche Regelung eröffnet einen Spielraum, der ausgenutzt werden kann, aber nicht muss.<sup>82</sup> Insofern spricht bundesrechtlich auch nichts dagegen, dass dieser Spielraum landesverfassungsrechtlich eingeengt wird.

Nachdenken könnte man jedoch darüber, ob der Spielraum vollständig oder nur zum Teil entfällt. Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass er vollständig entfällt.<sup>83</sup> Auf der Grundlage der Annahme, Verwaltungsgerichte i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Satz 1 LV NRW seien nur solche der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit,<sup>84</sup> ist das konsequent. Erkennt man als Verwaltungsgerichte in diesem Sinne hingegen auch die der besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeiten an,<sup>85</sup> steht Art. 74 Abs. 1 Satz 1 LV NRW einer durch Landesgesetz erfolgenden Zuweisung landesrechtlicher Streitigkeiten an die Finanz- oder Sozialgerichte nicht entgegen;<sup>86</sup> der von § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO belassene Spielraum entfällt dann nur zum Teil.

### 3. Die Garantie der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Art. 74 Abs. 2 LV NRW

Die Regelung des Art. 74 Abs. 2 LV NRW stellt eine institutionelle Garantie der Verwaltungsgerichtsbarkeit dar.<sup>87</sup> Dass allein die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf diese Weise garantiert ist,<sup>88</sup> wird zutreffend mit der spezifischen Geschichte dieser zumindest seinerzeit – und relativ gesehen auch heute noch – jungen Gerichtsbarkeit erklärt.<sup>89</sup>

#### a) Selbstständige Verwaltungsgerichte

Das Gebot selbstständiger Gerichte hat zwei Komponenten: Zum einen müssen Verwaltungsgerichte selbstständig gegenüber Verwaltungsbehörden sein. Das damit separat verbürgte „Ende der Verwaltungsrechtspflege“ mag heute als Selbstverständlichkeit erscheinen – die es aus historischer Perspektive

71 So das Verständnis von *Heusch* (Fn. 70), Art. 95 Rn. 11; *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132, 134. Im Ergebnis auch *Vofßkuhle* (Fn. 46), Art. 95 Rn. 29; *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 95 Rn. 20.

72 So *Deegenhart*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 114 Rn. 21, 29.

73 *Hense*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 137 Rn. 15.

74 *Detterbeck* (Fn. 52), Art. 95 Rn. 6.

75 *Oben* Fn. 18.

76 Näher *Heusch*, in: *Heusch/Schönenbroicher*, LV NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 74 Rn. 1; *Dickersbach*, in: *Geller-Kleinrahm*, LV NRW, Loseblatt, Stand 2. EL 1994, Art. 74 Anm. 2; siehe auch *Mann*, in: *Löwer/Tettinger*, LV NRW, 2002, Art. 74 Rn. 3.

77 *Heusch* (Fn. 76), Art. 74 Rn. 1: Erfasst werden nur die Anfechtungskonstellation und die Unterlassungssituation.

78 *Mann* (Fn. 76), Art. 74 Rn. 5.

79 Vgl. *Heusch* (Fn. 76), Art. 74 Rn. 1.

80 *Dästner*, LV NRW, 2. Aufl. 2002, Art. 74 Rn. 1; *Heusch* (Fn. 76), Art. 74 Rn. 1.

81 Zu derartigen Fällen *Reimer*, in: *Posser/Wolff/Decker*, BeckOK VwGO, 68. Ed. Stand 01.01.2023, § 40 Rn. 202.

82 Zu dieser Überlegung in anderem Kontext BVerfGE 96, 345, 366.

83 So u. a. *Dästner* (Fn. 80), Art. 74 Rn. 1: Das Land sei durch Art. 74 Abs. 1 Satz 1 LV NRW gehindert, von der Ermächtigung des § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO Gebrauch zu machen.

84 So *Grawert*, LV NRW, 4. Aufl. 2020, Art. 74 Anm. 1. Ihn zitiert *Heusch* (Fn. 76), Art. 74 Rn. 1, der vom Verbot spricht, entsprechende Streitigkeiten „anderen Gerichten als den Verwaltungsgerichten zuzuweisen“.

85 Ausdrücklich dagegen *Muders*, in: *Ogorek/Dauner-Lieb*, BeckOK Verfassung NRW, 2. Ed. Stand 01.12.2023, Art. 74 Rn. 2.

86 Dafür *Dickersbach* (Fn. 76), Art. 74 Anm. 3.

87 *Heusch* (Fn. 76), Art. 74 Rn. 3. Ungenau *Dästner* (Fn. 80), Art. 74 Rn. 1; *Grawert* (Fn. 84), Art. 74 Anm. 1, die insofern auf Art. 74 LV NRW insgesamt bzw. auf Art. 74 Abs. 1 LV NRW abstellen.

88 Dazu *Heusch* (Fn. 76), Art. 74 Rn. 3.

89 *Mann* (Fn. 76), Art. 74 Rn. 9.

aber nicht war. Seine Postulierung durch die Nationalversammlung in der Paulskirche<sup>90</sup> lag bei Entstehung der Landesverfassung erst gut 100 Jahre zurück.

Zum anderen fordert die Selbstständigkeit der Verwaltungsgerichte ihre Eigenständigkeit gegenüber anderen Gerichtsbarkeiten. Ihre Eingliederung in andere Fachgerichtsbarkeiten wäre nicht zulässig.<sup>91</sup> Auch eine substantielle Verlagerung verwaltungsgerichtlicher Kompetenzen auf andere Gerichtsbarkeiten wäre unzulässig. Diese allgemein konsentrierte Aussage wird freilich allein auf Gerichtsbarkeiten jenseits der Verwaltungsgerichtsbarkeit(en) bezogen. Die Errichtung von Sozial- und Finanzgerichten und die Zuweisung von Zuständigkeiten an diese soll Art. 74 Abs. 2 LV NRW zwar nicht fordern, aber auch nicht verbieten.<sup>92</sup> Dieser Befund verdient Zustimmung – und er hat Konsequenzen: Wenn „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ in Art. 74 Abs. 2 LV NRW neben der allgemeinen auch die besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit umfasst, ist das ein starkes Argument für die soeben reflektierte Sichtweise, dass deren Gerichte auch „Verwaltungsgerichte“ i. S. v. Art. 74 Abs. 1 LV NRW sind.

#### b) Die Zweistufigkeit als Minimum

Dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit in mindestens zwei Stufen ausgeübt werden muss, gerät nicht – was Art. 31 GG auf den Plan rufen würde –<sup>93</sup> in Widerspruch zu den eingeschränkten Möglichkeiten der Berufung nach der VwGO: Art. 74 Abs. 2 LV NRW fordert nicht, dass jeder einzelne Rechtsstreit über zwei Instanzen geführt werden können muss.<sup>94</sup> Ebenso wenig verlangt die Vorschrift zwei Tatsacheninstanzen.<sup>95</sup>

#### c) Die ministerielle Zuordnung

Über die Zuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Geschäftsbereich eines bestimmten Ministeriums trifft Art. 74 Abs. 2 LV NRW keine Bestimmung.<sup>96</sup> Insofern war es folgerichtig, dass der gegen die Zusammenlegung des Innen- und des Justizministerium angerufene VerfGH NRW die Vorschrift nicht als Maßstab für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieser 1998 per Organisationserlass vorgenommenen Maßnahme herangezogen hat.<sup>97</sup> Über die Richtigkeit seines Ergebnisses, dass eine Zusammenlegung der Ministerien allenfalls durch den Gesetzgeber hätte vorgenommen werden dürfen,<sup>98</sup> ist damit nichts gesagt.<sup>99</sup>

#### d) Die Bedeutung von Art. 74 Abs. 2 LV NRW

Nachdem das Bundesrecht die Selbstständigkeit der Verwaltungsgerichte sowie den prinzipiell dreistufigen Instanzenzug vorschreibt,<sup>100</sup> kommt auch dem zweiten Absatz des Art. 74 LV NRW aktuell nur eine geringe Bedeutung zu. Relevant würde er insbesondere, wenn der Bund den Ländern doch noch<sup>101</sup> die Fusion z. B. der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der

Sozialgerichtsbarkeit (und der Finanzgerichtsbarkeit) gestatten sollte. Der Landesgesetzgeber soll von einer solchen Ermächtigung nur durch eine Eingliederung der Sozialgerichtsbarkeit in die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit Gebrauch machen dürfen.<sup>102</sup> Die umgekehrte Lösung muss freilich – so unwahrscheinlich sie auch wäre – nicht zwingend ausgeschlossen sein, wenn man die Sozialgerichtsbarkeit als eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit i. S. v. Art. 74 LV NRW einstuft.

#### D. Fazit

Die Diskussion um ihre Zusammenlegung jedenfalls mit der Sozialgerichtsbarkeit dürfte die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit auch in Zukunft begleiten. Wirklich starke politische Argumente für eine solche Maßnahme gibt es nicht. Umgekehrt lassen sich auch keine gravierenden Einwände gegen sie finden. Dass die immer wieder unternommenen Versuche zu einer Änderung bisher erfolglos geblieben sind, ist mit Blick auf eine möglichst hohe Qualität der Rechtsprechung ebenso verschmerzbar, wie es ihr Erfolg gewesen wäre. Rechtlich würde eine Fusion selbst dann eine Änderung jedenfalls des Grundgesetzes voraussetzen, wenn sie nur auf Landesebene vollzogen werden sollte. Spätestens wenn man davon ausgeht, dass eine Verfassungsänderung (noch) besserer Gründe bedarf als die Änderung eines einfachen Gesetzes, spricht auch heute noch viel dafür, dem 20 Jahre alten Rat Konrad Redekers zu folgen: „Art. 95 GG verlangt 5 Gerichtsbarkeiten – belassen wir es dabei.“<sup>103</sup>

<sup>90</sup> Näher Mann (Fn. 76), Art. 74 Rn. 10.

<sup>91</sup> Heusch (Fn. 76), Art. 74 Rn. 4.

<sup>92</sup> Heusch (Fn. 76), Art. 74 Rn. 5. Ähnlich Dickersbach (Fn. 76), Art. 74 Anm. 3: Art. 74 Abs. 2 LV NRW begründe kein Monopol der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit.

<sup>93</sup> Richtig Mann (Fn. 76), Art. 74 Rn. 14, für den Fall, dass man Art. 74 Abs. 2 LV NRW die Forderung nach einer zweiten Tatsacheninstanz entnehmen sollte.

<sup>94</sup> Muders (Fn. 85), Art. 74 Rn. 14.

<sup>95</sup> Heusch (Fn. 76), Art. 74 Rn. 6.

<sup>96</sup> Mann (Fn. 76), Art. 74 Rn. 12.

<sup>97</sup> VerfGH NRW NWVBl. 1999, 176 ff.

<sup>98</sup> VerfGH NRW NWVBl. 1999, 176 ff.

<sup>99</sup> Kritisch zur damaligen Entscheidung Böckenförde, NJW 1999, 1235 f.; Menzel, NWVBl. 1999, 201 ff.; Sandler, NJW 1999, 1232 ff.; Wieland, DVBl. 1999, 719 ff.

<sup>100</sup> Für die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit §§ 1, 2 VwGO. Sofern man die Finanzgerichtsbarkeit hinzuzählt, sieht § 2 FGO eine Instanz weniger vor. Den Anforderungen des Art. 74 Abs. 2 LV NRW aber wäre immer noch genügt.

<sup>101</sup> Zu einem entsprechenden Versuch des Bundesrates oben B.I.5.

<sup>102</sup> Heusch (Fn. 76), Art. 74 Rn. 5.

<sup>103</sup> Redeker, AnwBl. 2004, 417, 418.

## Die Verwaltungsgerichte als Hüter der Verfassung

Von Prof. Dr. Andreas Heusch, Präsident des Verwaltungsgerichts Düsseldorf und Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen

*Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebietet einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt. In Umsetzung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe ist den Verwaltungsgerichten insbesondere der Schutz der Grundrechte anvertraut worden. In den vergangenen 75 Jahren haben die Verwaltungsgerichte unseres Landes diese Aufgabe wirksam wahrgenommen. Angesichts aktueller Gefährdungen der Grundrechte, aber auch der freiheitlichen und demokratischen Ordnung auf kommunaler Ebene bedarf es mehr denn je der Verwaltungsgerichte als Hüter unserer Verfassung.*

## A. Einleitung

Wir erinnern uns: Der durch Art. 1 Nr. 2 des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021 neu eingefügte § 28b IfSG sah bei Überschreiten einer bestimmten Grenze der Sieben-Tages-Inzidenz von Neuinfektionen mit dem Coronavirus tiefgreifende Grundrechtseingriffe (u. a. Beschränkung privater Zusammenkünfte, nächtliche Ausgangssperren, Schließung von Ladengeschäften) vor.<sup>1</sup> Diese massiven Beschränkungen traten unmittelbar kraft Gesetzes ein, bedurften keiner weiteren exekutiven Umsetzung. Im Rahmen eines Gesprächs mit ausgewählten Personen aus der Kulturbranche führte die damalige Bundeskanzlerin am 27.04.2021 aus, dass es gerade Sinn und Zweck dieser gesetzesunmittelbaren Grundrechtseingriffe sei, den Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten gegen die staatlichen Maßnahmen auszuschließen und für die Bürger nur den Weg der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zu lassen. Denn – so ihr Vorwurf – die Verwaltungsgerichte würden die Maßnahmen immer am Gleichbehandlungsgrundsatz messen.<sup>2</sup> Diese öffentliche Rüge der damaligen Kanzlerin sollte die Verwaltungsgerichte und Verwaltungsrichter indes nicht beschämen. Im Gegenteil: Sie gereicht ihnen – von der Kanzlerin gewiss unbeabsichtigt – zur Ehre. Denn es besagt nichts anderes, als dass die von den Bürgern um Rechtsschutz angerufenen Verwaltungsgerichte die Verfassung als Maßstab ihrer Entscheidungen anerkennen und zur Geltung bringen. Dass sie gerade auch in krisenhaften Zeiten die Grundrechte schützen und die beiden anderen Gewalten in ihre Schranken weisen, entspricht ihrer ureigenen und vornehmsten Aufgabe in einem freiheitlichen Rechtsstaat. Denn ohne einen effektiven Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten sind die materiellen Grundrechtsgewährleistungen der Verfassung nichts wert. Das wussten die Schöpfer des Grundgesetzes und haben die entsprechende Garantie in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG als subjektives Recht verankert. Im Übrigen stand auch auf der anderen Seite des Eisernen Vorhangs den Machthabern die Bedeutung der Verwaltungsgerichte für die Kontrolle staatlicher Machtausübung vor Augen – just deshalb wurden sie dort im Jahre 1952 durch eine interne Anordnung des Ministeriums des Inneren der DDR abgeschafft.<sup>3</sup>

Und doch: Ist die Bezeichnung als „Hüter der Grundrechte“, ja gar als „Hüter der Verfassung“ nicht gleichwohl zu hoch gegriffen, zumal letzteren Ehrentitel das BVerfG für sich beansprucht?<sup>4</sup> Dieses Attribut sollte dem höchsten deutschen Gericht auch nicht streitig gemacht werden, zumal das BVerfG in den zurückliegenden Jahrzehnten die Verfassung des Bundes maßgeblich ausgelegt, konkretisiert und seine Aussagen trotz rasanter gesellschaftlicher, technischer und ökonomischer Veränderungen im Wege der – zum Teil rechtsschöpferischen – Interpretation in der Zeit gehalten hat. Dies gilt gerade mit Blick auf die Grundrechte, die in ihrer jedenfalls ursprünglich lapidaren Formulierung auf solche Konkretisierung angelegt und verwiesen waren. Jedoch kann die Individualverfassungsbeschwerde nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG grundsätzlich nur zulässigerweise erhoben werden, wenn zuvor der Rechtsweg ausgeschöpft ist.<sup>5</sup> Die Bürger haben den Schutz ihrer Grundrechte vorrangig vor den Fachgerichten zu suchen.<sup>6</sup> Nur wenn das nicht gelingt, kann – gewissermaßen als *Ultima Ratio* – das BVerfG angerufen werden. Hat es dann das letzte Wort, so haben die Verwaltungsgerichte allemal zuvor den ersten Zugriff, wenn es um den Schutz der Grundrechte gegenüber dem Staat, insbesondere der Exekutive geht. Ihnen obliegt in der täglichen Praxis vorrangig der Grundrechtsschutz. Wenn die Gerichte die Grundrechte im konkreten Fall zur Anwendung bringen, tun sie dies in der Regel mit dem Inhalt, den das BVerfG in seiner Auslegung der Grundrechtsnormen expliziert hat. Im Rahmen

der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG sind die Verwaltungsgerichte auch gesetzlich verpflichtet, sich an den Aussagen des BVerfG zu orientieren.<sup>7</sup> Nur soweit es an solchen bindenden verfassungsgerichtlichen Vorgaben fehlt oder die Bindungswirkung aufgrund einer relevanten Änderung der Sach- und Rechtslage entfallen ist, sind die Verwaltungsgerichte berufen, eigenständig die Maßstäbe für die von ihnen zu treffende Streitentscheidung – unter Beachtung des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts – aus den Grundrechten zu entwickeln. In dem so lediglich skizzierten arbeitsteiligen Verbund wirken Verwaltungsgerichte (wie auch die übrigen Fachgerichte) und das BVerfG gemeinsam als Hüter der Grundrechte.<sup>8</sup> Innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit obliegt die Aufgabe jeweils jeder Instanz unter den in der Verwaltungsgerichtsordnung normierten Voraussetzungen. Aber auch in diesem Verhältnis haben die erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte nach § 45 VwGO grundsätzlich den ersten Zugriff. Von ihnen hängt wesentlich ab, ob – auf das Ganze gesehen – effektiver und damit auch zeitnaher Rechtsschutz gewährt wird. Kommen die Verwaltungsgerichte als Eingangsinstanz dieser Aufgabe im Einzelfall nicht nach, ist der primäre Grundrechtsschutz gefährdet.

Neben dem Schutz der Grundrechte obliegt den Verwaltungsgerichten nach Maßgabe ihrer Zuständigkeiten insbesondere auch der Schutz von Rechtsstaat und Demokratie.<sup>9</sup> In der Zusammenschau dürfen sie daher zu Recht als (ein) „Hüter der Verfassung“ bezeichnet werden. Freilich wachsen ihnen dadurch keine weiteren Kompetenzen zu als im Gesetz und im Gesamtgefüge des gewaltenteiligen Staates vorgesehen.

## B. Effektiver Grundrechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte

Wenn soeben die Aufgabe des effektiven Rechtsschutzes i. S. v. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG so selbstverständlich und unvermittelt den Verwaltungsgerichten zugesprochen worden ist, ist dieser Konnex verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Art. 74 Abs. 1 LV NRW weist zwar den Rechtsschutz gegen die Exekutive ausdrücklich den Verwaltungsgerichten zu und Art. 74 Abs. 2 LV NRW formuliert sogar eine institutionelle Garantie einer mindestens zweistufigen, selbständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Lande, aber diese landesverfassungsrechtlichen Regelungen sind durch vorgehendes Bundesrecht weitgehend verdrängt.<sup>10</sup>

1 BGBl. I S. 802.

2 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/archiv/archiv-mediathek/die-kanzlerin-im-gespraech-mit-kunst-und-kulturschaffenden-1898462>.

3 Hierzu *Pagenkopf*, 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 2014, S. 138. Als Relikt der bürgerlichen Rechtsordnung war die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Staats- und Parteiführung ein Hindernis auf dem Weg zur sozialistischen Gesetzlichkeit, so zutreffend *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 2 Rn. 23.

4 So noch jüngst BVerfG, Beschl. v. 20.07.2021, NJW 2021, 2797 Rn. 23 unter Verweis auf die Denkschrift des BVerfG v. 27.06.1952, JöR nF 6 (1957), 144, 145.

5 Die vorherige Erschöpfung des Rechtswegs ist auch auf Landesebene gemäß § 54 Satz 1 VerfGHG NRW grundsätzlich Voraussetzung für eine zulässige Individualverfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen (VerfGHNRW).

6 Der Grundsatz der materiellen Subsidiarität verlangt im Übrigen von den Bürgern, dass sie nicht nur den Rechtsweg erschöpfen, sondern auch bereits vor den Fachgerichten die Verletzung ihrer Grundrechte konkret rügen; vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.11.2004, BVerfGE 112, 50, 60.

7 Hierzu *Heusch*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 31 Rn. 64.

8 *Hufen* (Fn. 3), § 1 Rn. 16 sieht in der Verwaltungsgerichtsbarkeit die „wohl wichtigste Instanz zur Durchsetzung von Grundrechten“.

9 *Hufen* (Fn. 3), § 1 Rn. 5 ff.

10 Hierzu *Heusch*, in: *Heusch/Schönenbroicher*, Landesverfassung NRW, 2. Aufl. 2020, Art. 74 Rn. 3 ff.

Auf Bundesebene ist ausdrücklich allein die Existenz des Bundesverwaltungsgerichts in Art. 95 Abs. 1 GG institutionell garantiert, nicht aber als Unterbau eine entsprechende, organisatorisch eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Landesebene.<sup>11</sup> Fordert Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, dass ein gerichtlicher Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt eröffnet ist, ist damit keine Aussage getroffen, in welcher Gerichtsbarkeit der wirksame Rechtsschutz zu gewährleisten ist.<sup>12</sup> Es ist der einfache Gesetzgeber, der in Ausführung dieses verfassungskräftigen Auftrags die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugewiesen hat, die sie – so § 1 VwGO – „durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte ausübt“.

### I. Zum Umfang des Rechtsschutzauftrags des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

Wirken die Verwaltungsgerichte danach mit als „Hüter der Grundrechte“, so bedarf es mit Blick auf die Garantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, die selbst grundrechtliche Qualität hat, einer zweifachen Präzisierung: Zum einen geht der in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verankerte Rechtsschutzauftrag über den Schutz der materiellen Grundrechte hinaus. Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes erstreckt sich auch auf die lediglich einfachrechtlich gewährten subjektiven Rechte des Einzelnen.<sup>13</sup> Zum anderen konstituieren die Grundrechte zwar auch – wie das BVerfG in einer frühen Entscheidung formuliert hat<sup>14</sup> – eine objektive Wertordnung. Die Verwaltungsgerichte sind aber von Verfassung wegen nicht berufen, diese objektive Wertordnung unabhängig von der Geltendmachung subjektiver Rechte zu schützen und zu bewahren. Das bedeutet nicht nur, dass sie nicht von sich aus, sondern stets nur auf entsprechenden Antrag eines Rechtsschutzsuchenden tätig werden können. Vielmehr garantiert Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungsrechtlich ausschließlich einen individuellen Rechtsschutz. Dieser Beschränkung entspricht es, wenn der einfache Gesetzgeber in § 42 Abs. 2 VwGO die für eine zulässige Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erforderliche Klagebefugnis grundsätzlich von der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten abhängig macht und damit korrespondierend auch im Rahmen der Begründetheit der Klage für deren Erfolg eine Verletzung des Klägers in seinen Rechten fordert (§ 113 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 VwGO). Der Kläger kann danach grundsätzlich weder die Verletzung der Rechte anderer noch isoliert einen Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung, damit auch gegen die grundrechtliche Wertordnung zulässigerweise rügen. Und doch erfährt auch – zwar gewissermaßen nur akzessorisch und partiell – die objektive Rechtsordnung gerichtlichen Schutz, da jede Verletzung des Klägers in seinem Recht zugleich auch einen objektiven Rechtsverstoß darstellt, sodass der korrigierende Richterspruch nicht nur den Kläger in sein Recht setzt, sondern auch insoweit die objektive Rechtslage bereinigt. Unabhängig davon haben die Gerichte in dem auf subjektiven Rechtsschutz ausgerichteten Verfahren auch rein objektivrechtliche Aspekte wie insbesondere rechtlich ausgeformte Allgemeinwohlbelange zu berücksichtigen, gerade wenn es um Fragen der Abwägung mit den subjektiven Rechtspositionen des jeweiligen Klägers geht.

Ungeachtet der ausschließlich auf den Schutz subjektiver Rechte ausgerichteten verfassungsrechtlichen Garantie des effektiven Rechtsschutzes i. S. v. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, steht es dem Gesetzgeber frei, auch einen überindividuellen Rechtsschutz einfachrechtlich zu installieren.<sup>15</sup> Ist eine solche Ausdehnung des Rechtsschutzes verfassungsrechtlich nicht vorgegeben, so ist sie von Verfassung wegen auch nicht untersagt oder begrenzt.<sup>16</sup> Ein solcher überindividueller Rechtsschutz kann eine sinnvolle Ergänzung zum subjektiven Rechtsschutz sein, insbesondere wenn es um die Beseitigung rechtlich oder faktisch bedingter Durchsetzungsschwächen von Allgemein-

wohlbelangen geht.<sup>17</sup> § 42 Abs. 2 Halbs. 1 VwGO normiert in diesem Sinne ausgehend vom Grundsatz der notwendigen Geltendmachung eigener subjektiver Rechte eine Öffnungsklausel für eine von diesem Grundsatz abweichende gesetzliche Regelung solcher überindividueller Rechtsbehelfsmöglichkeiten.<sup>18</sup> Soweit die Allgemeinwohlbelange verfassungsrechtlichen Rang haben – wie es insbesondere beim Schutz der Umwelt und der Tiere nach Art. 20a GG der Fall ist –, geht es auch um den Schutz der Verfassung. Gerade im Umweltrecht hat der Bundesgesetzgeber zu diesem Zweck privaten Verbänden als Sachwaltern des Naturschutzes die Möglichkeit zur altruistischen Verbandsklage eingeräumt (z. B. § 64 BNatSchG, § 2 UmwRG).<sup>19</sup>

### II. Anwendungsvorrang des einfachen Rechts

Die Bezeichnung der Verwaltungsgerichte als Hüter der Verfassung, insbesondere der Grundrechte, darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Gerichte zur Entscheidung eines Rechtsstreits unmittelbar auf die Verfassung zurückgreifen und aus ihr direkt die Maßstäbe ihrer Entscheidung ableiten dürften. Zwar geht das Grundgesetz in seiner normativen Geltung innerhalb der nationalen Rechtsordnung allen anderen staatlichen Rechtsakten vor, bindet in diesem Sinne Art. 1 Abs. 3 GG alle staatlichen Gewalten speziell an die nachfolgenden Grundrechte und Art. 20 Abs. 3 GG allgemein an die gesamte Verfassung mit der Folge, dass kein staatlicher Akt der vorrangigen Verfassung inhaltlich widersprechen darf. Diesem Geltungsvorrang der Verfassung gerade auch gegenüber dem durch den Gesetzgeber gesetzten einfachen Recht steht aber ein Anwendungsvorrang just dieses einfachgesetzlichen Rechts gegenüber, der seinerseits verfassungsrechtlichen Rang hat.<sup>20</sup> In der gewaltengegliederten Ordnung des Grundgesetzes ist dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber die weitere Ausgestaltung der Rechtsordnung aufgegeben. Dies verlangt, dass seine Gesetze in der Praxis auch der Gerichte bei Auslegung der Rechtslage vorrangig zur Anwendung gelangen. Dieser Anwendungsvorrang dient – anders als der Geltungsvorrang der Verfassung – nicht der Lösung von Normkollisionen, sondern der Bestimmung der im Einzelfall von den Rechtsunterworfenen wie auch von den Behörden und Gerichten anzuwendenden Norm. Freilich kommt dem einfachen Gesetz nur Anwendungsvorrang zu, wenn es seinerseits mit der höherrangigen Verfassung vereinbar ist. Verstößt die einfachgesetzliche Norm gegen das Grundgesetz, ist sie eo ipso unwirksam. Die Verwaltungsgerichte dürfen jedoch auch dann das einfache Gesetz nicht aus eigenem Entschluss bei der Streitentscheidung außer Acht lassen. Zum Schutz des nachkonstitutionellen Gesetzgebers, aber auch im Interesse von Rechtseinheit und -sicherheit ist die Verwerfungskompetenz nach Art. 100 Abs. 1 GG insoweit beim BVerfG konzentriert.<sup>21</sup> Die Verwaltungsgerichte sind ihrerseits verpflichtet, eine

11 Wittreck, DVBl. 2005, 211, 216 f.; Schenkel, DÖV 2011, 481, 482; Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 95 Rn. 11; a. A. Redeker, NJW 2004, 496; Hufen (Fn. 3), § 1 Rn. 6.

12 Papier, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 58.

13 Papier (Fn. 12), § 177 Rn. 2.

14 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198, 205.

15 BVerfG, Beschl. v. 10.05.2001, NVwZ 2001, 1148, 1149.

16 BVerwG, Urt. v. 31.10.1990, BVerwGE 87, 62, 72.

17 Schlacke, in: Gärditz, Verwaltungsgerichtsordnung 2. Aufl. 2018, nach § 42 Rn. 2: Komplementärmodell.

18 Wenn Schlacke (Fn. 17), nach § 42 Rn. 7 diese Klausel auch mit Blick auf den Bundesgesetzgeber als eine „Ermächtigung“ qualifiziert, ist dies nicht zutreffend, da sich der Bundesgesetzgeber auf gleicher Normebene nicht selbst ermächtigen kann.

19 Siehe aber auch auf Landesebene § 68 LNatSchG NRW.

20 Hierzu Heusch, in: Heusch/Ullrich/Posser, Verfassungsrecht in der Praxis, 2024, Einl. Rn. 15 ff.

21 BVerfG, Beschl. v. 15.04.1980, BVerfGE 54, 47, 51; Beschl. v. 27.09.2005, BVerfGE 114, 303, 310; hierzu Dreier, DV 2003, 105, 107; Heusch (Fn. 20), Einl. Rn. 40.

von ihnen für verfassungswidrig erachtete, für den konkreten Rechtsstreit entscheidungserhebliche Gesetzesbestimmung dem BVerfG vorzulegen, damit dieses über deren Verfassungsmäßigkeit entscheiden kann.<sup>22</sup>

Schließt der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts grundsätzlich den unmittelbaren Durchgriff der Verwaltungsgerichte auf die Verfassung aus, so kommt dieser gleichwohl bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts eine solche Direktionskraft zu, dass die im konkreten Fall maßgebliche Rechtslage oft nur in Zusammenschau des einfachen Rechts und des Verfassungsrechts gefunden werden kann.<sup>23</sup> Dies gilt zum einen, wenn die im konkreten Fall einschlägige Norm des einfachen Rechts zwar nach den herkömmlichen Auslegungsmethoden verschiedene Verständnisalternativen zulässt, aber nur eine von diesen mit der Verfassung vereinbar ist. Dann haben die Verwaltungsgerichte aufgrund ihrer Bindung an die vorrangige Verfassung die allein verfassungskonforme Auslegungsvariante der einfachgesetzlichen Norm ihrer Streitentscheidung zugrunde zu legen, ohne dass es einer Vorlage bedürfte oder diese auch nur zulässig wäre. Grenze einer solchen verfassungskonformen Auslegung ist jedoch der Wortlaut und der eindeutige Wille des Gesetzgebers. Eine verfassungskonforme Auslegung gegen dessen klaren Willen ließe nur der äußeren Form nach die Entscheidung des Gesetzgebers in Geltung, tatsächlich würde sich das Gericht dessen in der Verfassung begründete Gestaltungsbefugnis anmaßen. Auch jenseits einer solchen verfassungskonformen Auslegung beeinflusst die in den Grundrechten des Grundgesetzes errichtete Wertordnung die richterliche Auslegung des einfachen Rechts. So empfängt die Rechtsprechung von dem in den Grundrechten konstituierten „Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, ... Richtlinien und Impulse“.<sup>24</sup> Die Gerichte müssen – wie das BVerfG in einer späteren Entscheidung formuliert hat – die jeweils „betroffenen Grundrechte interpretationsleitend berücksichtigen, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt.“<sup>25</sup> Insoweit wird zuweilen kritisch angemerkt, dass eine solche verfassungsorientierte Auslegung die umfassende Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in die tagtägliche Arbeit der Gerichte überführt und dort deren Omnipräsenz begründet.<sup>26</sup> Und in der Tat zeigt ein Blick in die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, dass die Heranziehung der Grundrechte als Auslegungshilfe zur Alltagspraxis geworden ist.<sup>27</sup> Dies gilt für die oft grundrechtsgeleitete Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite. Ist auf der Rechtsfolgenseite Ermessen eingeräumt, hat die Verwaltung bei dessen Ausübung die grundrechtlichen Belange der Betroffenen angemessen zu berücksichtigen und das Gericht prüft im Nachgang, ob die behördliche Abwägung unter hinreichender Berücksichtigung und Gewichtung auch der Grundrechte entsprechend erfolgt ist. Vor allem in diesem Zusammenhang gewinnt auch der verfassungsrechtlich fundierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz praktische Relevanz. Um aber einer Überkonstitutionalisierung des einfachen Rechts entgegenzuwirken und dessen Anwendungsvorrang in der Rechtspraxis zu erhalten, sei daran erinnert, dass sowohl die gerichtliche Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs als auch die Nachzeichnung der von der Verwaltung zu wählenden Ermessensgrenzen stets ihren Ausgang im konkreten Gesetz und dessen Zweck- und Zielsetzung nehmen muss.

### III. Aktuelle Herausforderungen für den verwaltungsgerichtlichen Grundrechtsschutz

Steht die herausragende Bedeutung der Grundrechte für die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte im Grundsatz nicht infrage, so ist aufgrund neuer Entwicklungen und Gefährdungen die wache Aufmerksamkeit der Verwaltungsgerichte im Interesse eines effektiven Grundrechtsschutzes mehr denn je gefordert.

#### 1. Bewahrung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips

Die Coronapandemie war gewiss eine der größten Herausforderungen des Staates in den letzten Jahrzehnten. Zu deren Bewältigung hat der Staat über Monate und Jahre in einer bis dahin nicht vorstellbaren Weise in die Grundrechte seiner Bürger eingegriffen. Dies gilt mit Blick auf Quantität, Intensität und Dauer der Freiheitsbeschränkungen. Die Gerichte – neben den Verfassungsgerichten vor allem die Verwaltungsgerichte – waren mit vielen der staatlichen Maßnahmen befasst. Die Bürger haben zur Verteidigung ihrer Grundrechte Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten gesucht – nicht immer, aber doch zumeist im Ergebnis ohne Erfolg. Das kann und soll an dieser Stelle nicht im Einzelnen bewertet werden. Eine selbstkritische Rückschau auf die eigene Rechtsprechung ist aber gefordert. Die mit den pandemiebedingten Beschränkungen befassten Gerichte sollten sich selbst befragen, ob sie die Grundrechte angemessen geschützt haben. Dabei darf freilich nicht auf den Erkenntnisstand ex post abgestellt werden. Eine Kritik, die unser heutiges epidemiologisches und medizinisches Wissen zugrunde legt, wird weder der Exekutive noch der Judikative gerecht, die häufig in einer Situation der Ungewissheit auch über die Folgen der ergriffenen Maßnahmen wie deren mögliches Ausbleiben entscheiden mussten. Und gleichwohl: Eine selbstkritische Analyse ist geboten, da Grundrechte sich gerade in der Krise bewähren müssen<sup>28</sup>, und wir nicht dagegen gefeit sind, dass eine vergleichbare Situation wieder heraufzieht. Die Verwaltungsrichter müssen sich Rechenschaft ablegen, ob sie ihrer im gewaltenteiligen Staat zugewiesenen Verantwortung bei der Kontrolle der beiden anderen Gewalten gerecht geworden sind oder sich allzu bereitwillig deren Einschätzung zugunsten massiver staatlicher Beschränkungen angeschlossen haben, um nicht selbst die Verantwortung für die Folgen tragen zu müssen, die möglicherweise mit der gerichtlichen Aufhebung der jeweils umstrittenen staatlichen Maßnahme verbunden gewesen wären. Bei dieser Analyse muss das für unsere freiheitliche Ordnung schlechthin konstitutive – von *Carl Schmitt* in seiner Verfassungslehre so prägnant formulierte – rechtsstaatliche Verteilungsprinzip leitend sein<sup>29</sup>: Grundrechte sind – anders als manche Politiker während der Coronapandemie suggeriert haben – keine Privilegien, die vom Staat je nach Lage gewährt und wieder entzogen werden können, sondern sind – wie es Art. 1 Abs. 3 GG an prominenter Stelle unserer Verfassung hervorhebt – den handelnden staatlichen Akteuren vorgegeben.<sup>30</sup> Ihre Geltung steht nicht zur Disposition, sie gelten unverändert in der Krise, gerade dann schlägt ihre Stunde. Und nicht die grundrechtliche Freiheit ist rechtfertigungsbedürftig, sondern der Eingriff, die staatliche Beschränkung dieser Freiheit. Bei diesen beiden Grundätzen handelt es sich nicht bloß um hehre

22 Soweit es um die Vereinbarkeit von Landesgesetzen mit der Verfassung des Landes geht, ist nach Art. 100 Abs. 1 GG eine entsprechende Vorlage an den VerfGH NRW vorgesehen.

23 *Volkman*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.) *Handbuch des Staatsrechts* Band XII, 3. Aufl. 2014, § 256 Rn. 23 f.

24 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198, 205.

25 BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998, BVerfGE 99, 185, 196.

26 *Dreier*, DV 2003, 105, 112.

27 *Dreier*, DV 2003, 105, 113.

28 Wenn im Nachhinein die Rechtswidrigkeit einer staatlichen Maßnahme gerichtlich festgestellt wird, ist dies für die Kläger gewiss eine auch rechtsstaatlich gebotene Genugtuung – so hat etwa jüngst das VG Göttingen mit Urteil v. 30.11.2023, BeckRS 2023, 36336, die Abriegelung eines ganzen Wohnkomplexes während der Coronapandemie wegen zahlreicher positiv getesteter Bewohner als rechtswidrige Freiheitsbeschränkung qualifiziert. Effektiver Rechtsschutz i. S. v. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG fordert aber vorrangig den Schutz der Grundrechte während der Krise durch zeitnahe, wirksame Abwehr rechtswidriger staatlicher Maßnahmen.

29 *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 8. Aufl. 1993, S. 126.

30 Siehe hierzu auch *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1531.

und abstrakte Prinzipien der Rechtslehre, sondern sie verlangen in der konkreten Situation des Eingriffs Rechtfertigung von Seiten der verantwortlichen staatlichen Stellen. In der verwaltungsgerichtlichen Prüfung der staatlichen Eingriffe bedeutet dies vor allem, dass nicht der Rechtsschutz suchende Bürger Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit einer streitigen Maßnahme substantiiert bestreiten, sondern der beklagte Staat seinerseits die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme darlegen muss und – ungeachtet der richterlichen Amtsermittlungspflicht – die Beweislast trägt. Gelingt dem Staat der notwendige Nachweis nicht, etwa weil von den staatlichen Behörden vernachlässigte wissenschaftliche Gutachten<sup>31</sup> durchgreifende fachliche Zweifel an der streitigen staatlichen Maßnahme begründen, ist der Freiheit des Bürgers der Vorzug zu geben. Ein Abrücken von diesen rechtstaatlichen und grundrechtsgemäßen Grundsätzen in der gerichtlichen Praxis wäre gewiss ein Paradigmenwechsel auf Kosten unserer freiheitlichen Verfassung.

### 2. Privatisierung staatlich initiiert Freiheitsbeschränkungen

Das für unsere liberale, freiheitliche Verfassung konstitutive Verteilungsprinzip bedingt auch die kategoriale Unterscheidung zwischen dem Staat und der Gesellschaft. Während die Gesellschaft sich als Sphäre der grundrechtlichen, nicht rechtfertigungsbedürftigen Freiheit der Bürger präsentiert, ist der Staat grundrechtsverpflichtet, sein Handeln rechtlich gebunden und nach Maßgabe der Grundrechte rechtfertigungsbedürftig. Dem Bürger steht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen, um seine Grundrechte gegen Akte der staatlichen Gewalt zu verteidigen. Heikel wird die Lage der Bürger aber dann, wenn der Staat nicht mehr selbst agiert, stattdessen private Organisationen finanziert, die ihrerseits im grundrechtssensiblen Bereich tätig werden. So geschehen in unserem Bundesland. Die Landesregierung hat im Jahr 2022 angekündigt, privaten Organisationen jeweils 140 000 Euro für den Aufbau von vier „Meldestellen“ zur Verfügung zu stellen, deren Aufgabe die Registrierung von Diskriminierungsvorfällen ist, die unterhalb der Strafbarkeitsgrenze liegen.<sup>32</sup> Irritiert insoweit aus grundrechtlicher Perspektive bereits, dass offensichtlich gezielt die Grenze zwischen erlaubtem und nicht erlaubtem Verhalten verwischt werden soll, geschieht die Aufgabenverlagerung in die private Sphäre erkennbar, um sich bei der Datensammlung der grundrechtlichen Bindungen zu begeben. Dass die Sammlung solcher Daten das allgemeine Persönlichkeitsrecht und speziell das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) „gemeldeter“ Personen massiv berührt, liegt auf der Hand. Die dem Staat gefälligen privaten Organisationen selbst sind aber nicht unmittelbar grundrechtsgebunden. Wenn Grundrechtsschutz hier nicht ausgehöhlt werden soll, darf der Staat, der diese grundrechtsrelevanten Maßnahmen initiiert und finanziert, nicht aus seiner rechtlichen Verantwortung entlassen werden. Es wird Aufgabe der Gerichte sein, den Grundrechten der Bürger trotz dieser Umgehungsversuche durch einen effektiven Rechtsschutz Geltung zu verschaffen.

### 3. Die Kommunikationsgrundrechte unter staatlichem Druck

Den kommunikativen Grundrechten der Meinungs- und Versammlungsfreiheit kommt gerade in repräsentativ ausgestalteten Demokratien eine besondere, auch kompensatorische Bedeutung zu. Die Mitwirkung der Bürger bleibt nicht auf die Abgabe ihrer Stimme in einem Abstand von vier bzw. fünf Jahren reduziert. Meinungs- und Versammlungsfreiheit eröffnen den Bürgern die Möglichkeit, auch während der mehrjährigen Legislaturperioden ihre politische Position öffentlichkeitswirksam kundzutun.<sup>33</sup> Hierzu haben weniger Anlass die Menschen, die mit den Regierenden übereinstimmen und deren Politik billigen. Wesentlich ist, dass die Menschen, die in Opposition zu der aktuellen Regierung und ihrer Politik stehen, ihre Kritik in

der Öffentlichkeit präsentieren und mit ihr Gehör finden können. Es gehört zum Wesen dieser Freiheiten, dass es Minderheitenrechte sind, deren Ausübung gerade nicht von der Zustimmung tatsächlicher oder vermeintlicher Mehrheiten abhängt.

Das BVerfG hat in diesem Sinne stets die große Bedeutung des Versammlungsrechts hervorgehoben. Direkte staatliche Eingriffe sind nur unter den engen Voraussetzungen des Versammlungsgesetzes des Bundes bzw. des Landes bei strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.<sup>34</sup> Die Verwaltungsgerichte haben in der Vergangenheit konsequent auf die Einhaltung dieser Grenzen hingewirkt und somit Gewähr für eine wesentliche Bedingung einer vitalen Demokratie geleistet. Steht aber nicht die klar umrissene Verfügung der zuständigen Versammlungsbehörde in Rede, sondern versucht der Staat auf anderem, eher informellem Wege Einfluss zu nehmen, kann dies die Demonstrationsfreiheit im Ergebnis intensiver tangieren, ohne dass der mögliche Rechtsschutz dagegen ebenso klar vorgezeichnet wäre. Dies ist der Fall, wenn sich Bürger, die in den umstrittenen Fragen vormals der Coronapolitik, aktuell der Migrations- oder Klimapolitik eine von der Regierung abweichende Auffassung in der Öffentlichkeit präsentieren, vonseiten des Verfassungsschutzes des Vorwurfs der Delegitimierung des Staates ausgesetzt sehen. Wenn der Präsident des Bundesamtes für Verfassungsschutz Demonstranten, die bei diesen politisch besonders umkämpften Themen von der Linie der Regierung abweichen, mit gezieltem, medial vermitteltem Einschüchterungseffekt in die Nähe von Verfassungsfeinden rückt, schadet dies der freiheitlichen Demokratie. Mögen auch die politischen Forderungen der Demonstranten bei der Mehrheit der Bevölkerung keine Zustimmung finden, richtet sich ihr Protest weder gegen den Staat als solchen noch die Verfassung, sondern gegen die konkrete Politik der Regierung. Es ist Aufgabe des Verfassungsschutzes, unsere freiheitliche Ordnung gegen Verfassungsfeinde zu schützen, nicht aber, die Regierung vor öffentlicher, ggf. auch an die Wurzel gehender, radikaler Kritik zu bewahren, wenn diese in friedlichen Formen vorgebracht wird.<sup>35</sup> Es obliegt den politisch Verantwortlichen, diesem expansiven Vorgehen des Verfassungsschutzes Einhalt zu gebieten. Wenn dies unterbleibt, ist es den Verwaltungsgerichten vorbehalten, die verfassungsrechtlich verbrieften Freiheitsrechte der Bürger und damit unsere Verfassung vor einem übergriffigen Inlandsgeheimdienst zu schützen. Gerichtlicher Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten dürfte indes nur dann zu erreichen sein, wenn sich die Äußerungen des Verfassungsschutzes konkret auf eine Person, eine Partei oder Versammlung beziehen. Es liegt nahe, dass diese geheimdienstlichen Äußerungen insoweit gerade auch deshalb oftmals so vage bleiben, um einen solchen effektiven Rechtsschutz auszuschließen.

Gar nicht vage, sondern in ihrer Deutlichkeit unmissverständlich waren hingegen in jüngerer Vergangenheit die Aufrufe kommunaler Amtsträger, mit denen sie von der Beteiligung an bestimmten politisch nicht genehmen Demonstrationen abrieteten oder zur Teilnahme an Gegendemonstrationen aufforderten. So hatte der frühere Oberbürgermeister der Stadt Düsseldorf im Jahr 2015 mit einem an Bürger und Unternehmen gerichteten „Licht-aus!“-Aufruf auf den städtischen Internetseiten gegen eine Demonstration aufgerufen, die sich gegen die „Islamisierung des Abendlandes“ richtete. Zugleich hatte er die Abschaltung der Beleuchtung an städtischen Gebäuden verfügt.

31 Zur rechtlichen Verpflichtung auch der Behörden, wissenschaftliche Kontroversen zur Kenntnis zu nehmen, *Blankenagel*, DVBl. 2023, 179 f.; *Remert*, DVBl. 2024, 218, 224 f.

32 <https://www.land.nrw/pressemitteilung/aufbau-von-vier-meldestellen-zu-querfeindlichen-und-rassistischen-vorfällen>.

33 BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985, BVerfGE 69, 315, 347; hierzu v. *Coelln*, in: *Ullrich/v. Coelln/Heusch*, Handbuch Versammlungsrecht, 2021, Rn. 9.

34 BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985, BVerfGE 69, 315, 349; Urt. v. 22.02.2011, BVerfGE 128, 226, 259; hierzu v. *Coelln* (Fn. 32), Rn. 122 ff.

35 *Gusy*, GSZ 2022, 101 ff.; *Schönenbroicher/Heusch*, DVBl. 2022, 1113 ff.

Was effektiver gerichtlicher Rechtsschutz in der Praxis bedeutet, hat das VG Düsseldorf gezeigt, als es noch am Tag des Eingangs des gegen die Aktion des Oberbürgermeisters gerichteten Eilantrags der Anmelderin der Versammlung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die „Licht-aus!“-Aktion untersagt hat.<sup>36</sup> Wie bekannt hat der damalige Oberbürgermeister der Stadt Düsseldorf im Nachgang erklärt, diesen gerichtlichen Beschluss nicht beachten zu wollen. Hinterlässt dieses Eilverfahren – auch – wegen dieses angekündigten Rechtsungehorsams einen faden Nachgeschmack, so ist umso wichtiger, dass das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) im nachfolgenden Klageverfahren mit Urteil vom 13.09.2017 klare Grenzen für das Äußerungsrecht auch kommunaler Beamter aus dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip hergeleitet hat: In dem vom Grundgesetz konstituierten demokratischen Gemeinwesen vollzieht sich der Willensbildungsprozess frei, offen, unreglementiert und staatsfrei vom Volk zu den Staatsorganen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin.<sup>37</sup> Hieraus folgt unmittelbar, dass staatliche Amtsträger in der öffentlichen Diskussion Vertreter anderer Meinungen weder ausgrenzen noch gezielt diskreditieren dürfen, solange deren Positionen die für alle geltenden rechtlichen Grenzen nicht überschreiten.<sup>38</sup> Die vom Oberbürgermeister gewählte negative Symbolik des Lichtlöschens verlässt die Ebene eines rationalen und sachlichen Diskurses. Im Übrigen widerspricht es dem Demokratieprinzip, wenn der Oberbürgermeister durch seinen Aufruf zur Teilnahme an der Gegendemonstration in unzulässiger Weise in den Wettstreit der politischen Meinungen eingreift und lenkenden Einfluss auf die Grundrechtsausübung der Bürger nimmt.<sup>39</sup>

War damit der rechtliche Rahmen zulässiger amtlicher Äußerungen höchstrichterlich für jeden Amtsträger klar abgesteckt, hat dies gleichwohl in der Folgezeit kommunale Beamte nicht abgehalten, gegen angemeldete und friedliche Versammlungen öffentlich Stellung zu beziehen, wenn es politisch zupasskam. In moralischer Selbstermächtigung setzen sich immer wieder kommunale Amtsträger über die rechtlichen Grenzen hinweg und nehmen den Schaden an Demokratie und Rechtsstaat in Kauf, auch weil sie sich zumeist des billigen Beifalls der Medien für ihre vermeintlich mutigen Aktionen gewiss sein können. So hätte etwa der aktuelle Düsseldorfer Oberbürgermeister während der Coronapandemie nicht unter ausdrücklichem Verweis auf sein Amt einen offenen, in den regionalen Medien abgedruckten Aufruf gegen eine von Bürgern angemeldete, friedliche Demonstration zu den damaligen staatlichen Coronamaßnahmen und insbesondere zu der in der politischen Diskussion erwogenen staatlichen Impfpflicht unterzeichnen dürfen.<sup>40</sup> Dieser Rechtsverstoß ist jedoch ohne rechtliche Konsequenzen geblieben, weil niemand das Gericht angerufen hat. Auch hier gilt: Wo kein Kläger, da kein Richter. Wengleich nur in einem obiter dictum hat das VG Düsseldorf dem aktuellen Düsseldorfer Oberbürgermeister jedoch im Beschluss vom 21.02.2024 eine offensichtliche Verletzung des Demokratieprinzips bescheinigt, weil er als Dienstvorgesetzter die Beschäftigten der Stadt Düsseldorf zur Teilnahme an einer öffentlichen Demonstration gegen die politische Opposition aufgefordert hat.<sup>41</sup>

Wesentlich für eine vitale Demokratie ist auch die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierte Pressefreiheit. Dabei kommt gerade in Zeiten, in denen vor allem die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – trotz ihrer Finanzierung durch Pflichtbeiträge – politisch recht einseitig berichten und kommentieren<sup>42</sup>, den unabhängigen Medien besondere Bedeutung zu. Es ist für aufgeklärte Bürger, die sich ein umfassendes Bild von dem politischen Geschehen machen wollen, wichtig, dass sie auch kritische Kommentare und Impulse aus der unabhängigen, einschließlich der politisch eher links oder rechts ausgerichteten Presse aufnehmen und bewerten können. Vor diesem Hintergrund ist es unzulässig, wenn ein Minister im Rahmen einer ministeriellen Veranstaltung

die Lektüre einer bestimmten Wochenzeitung durch einen Beamten als Warnzeichen für dessen politische Radikalisierung erwähnt, ohne dass für eine solche Einschätzung auch nur ansatzweise tragfähige Gründe angeführt werden können. Das VG Düsseldorf hat daher auf Klage des die Wochenzeitung herausgebenden Verlages im Urteil vom 21.05.2021 den Minister u. a. zur Unterlassung dieser Behauptung verurteilt.<sup>43</sup>

## C. Gerichtlicher Schutz von Demokratie und Rechtsstaat auf kommunaler Ebene

„Die Gemeinden sind die Grundlage des demokratischen Staatsaufbaus.“ Diese einfachrechtliche Feststellung in § 1 Abs. 1 Satz 1 GO NRW entspricht der den Gemeinden im Grundgesetz und in der Landesverfassung zuerkannten Stellung.<sup>44</sup> In diesem Sinne überträgt Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG die in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG getroffene Grundentscheidung der Verfassung für die Prinzipien der Volkssouveränität und Demokratie auch auf die Ebene der Gemeinde.<sup>45</sup>

### I. Der demokratische Legitimationsakt

Da die Wahlen des Bürgermeisters wie der Mitglieder des Rates die zentralen legitimationsbegründenden Akte sind, sind die Anforderungen entsprechend hoch.<sup>46</sup> Für die kommunalen Vertretungskörperschaften schreibt Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich vor, dass sie den Grundsätzen allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahlen genügen müssen. Sieht das Landesrecht – wie in Nordrhein-Westfalen – die Direktwahl der Bürgermeister vor, gelten hierfür dieselben Grundsätze. Die Verwaltungsgerichte des Landes haben in der Vergangenheit die Bedeutung dieser Grundsätze und ihrer Beachtung für die Vermittlung demokratischer Legitimation betont. So hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) im Jahre 2011 festgestellt, dass Falschinformationen seitens des Oberbürgermeisters vor

36 VG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2015, NWVBl. 2015, 201. Siehe zu einem vergleichbaren Fall VG Münster, Urt. v. 08.02.2019, NWVBl. 2019, 305.

37 BVerwG, Urt. v. 13.09.2017, NVwZ 2018, 433 Rn. 28; m. Anm. *Stuttman*.

38 BVerwG, Urt. v. 13.09.2017, NVwZ 2018, 433 Rn. 29.

39 BVerwG, Urt. v. 13.09.2017, NVwZ 2018, 433 Rn. 31.

40 Hierzu *Heusch*, *GewArch* 2022, 218, 219.

41 VG Düsseldorf, Beschl. v. 21.02.2024, BeckRS 2024, 2528 Rn. 20 f. Der freiheitlichen Demokratie ist generell wesensgemäß, dass Bürger ihren Protest gegen die Regierung auf öffentlichen Versammlungen lautstark artikulieren können, nicht jedoch, dass die Machthaber zur Demonstration gegen die oppositionellen Kräfte aufrufen. Damit unvereinbar ist, wenn der Bundespräsident, Regierungsmitglieder oder kommunale Beamte aus ihrem Amt heraus Demonstrationen gegen die politische Opposition befeuern. Allernal verfassungswidrig ist es, wenn die Schulministerin des Landes als oberste Dienstvorgesetzte der Lehrer diese zur Teilnahme an Demonstrationen gegen die politische Opposition aufruft und zudem noch ermuntert, die zumeist schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen mitzunehmen; <https://www.welt.de/politik/deutschland/article250210452/NRW-CDU-Schulministerin-ruft-Lehrer-zu-Teilnahme-an-Demos-gegen-rechts-auf.html>.

42 Den Zusammenhang zwischen der Finanzierung durch Pflichtbeiträge und dem Gebot einer ausgewogenen Berichterstattung hat das BVerfG im Beschl. v. 24.04.2023, NVwZ 2024, 55, in Erinnerung gerufen und die Verwaltungsgerichte eindringlich gemahnt, diesen Konnex auch in den Beitragsstreitigkeiten nicht aus dem Blick zu verlieren. Dies hat der VerfGH NRW im Beschl. v. 17.10.2023, NVwZ 2024, 56 f., wenn auch in einem obiter dictum aufgegriffen. Siehe hierzu auch *Schneider*, NVwZ 2024, 38 ff.

43 VG Düsseldorf Urt. v. 21.05.2021, BeckRS 2021, 15794; mit zust. Anm. von *Lemke*, GRUR-Prax 2021, 451.

44 BVerfG, Urt. v. 24.07.1979, BVerfGE 52, 95, 111 f.; Beschl. v. 23.11.1988, BVerfGE 79, 127, 148 f.; Urt. v. 31.10.1990, NJW 1991, 162, 163.

45 BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, NJW 1991, 162, 163; BVerwG, Beschl. v. 07.12.1992, NVwZ-RR 1993, 209.

46 Hierzu *Heusch* (Fn. 20), § 5 Rn. 3 ff.

den Wahlen zum Rat – konkret ging es um die unwahre Darstellung der städtischen Haushaltslage – zur Ungültigkeit dieser Wahlen führen.<sup>47</sup> Die Integrität der Willensbildung ist betroffen, wenn amtliche Stellen das ihnen obliegende Wahrheitsgebot nicht einhalten. Denn der in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Grundsatz der Freiheit der Wahl setzt voraus, dass sich der Wähler über Ziele und Verhalten der Wahlbewerber frei von Manipulationen informieren kann. Er muss vor Beeinflussungen geschützt sein, die geeignet sind, seine Entscheidungsfreiheit ernstlich zu beeinträchtigen. Zu solchen Beeinflussungen gehören auch Des- und Fehlinformationen, gegen die keine hinlängliche Möglichkeit der Abwehr besteht. Unzulässig ist es auch, wenn eine Woche vor den Kommunalwahlen der Kreis in einem Anzeigebblatt, das kostenfrei an alle Haushalte im Kreisgebiet verteilt wird, eine vierseitige Anzeige mit einem Grußwort und mehreren Fotos des aktuellen, zur Wiederwahl stehenden Landrats sowie einer Leistungsbilanz veröffentlicht. Das VG Düsseldorf hat die mit 54,1 % der gültigen Stimmen im ersten Wahlgang erfolgte Wahl des bisherigen Amtsinhabers auf Klage der Partei DIE LINKE wegen unzulässiger Öffentlichkeitsarbeit für rechtswidrig befunden und den Kreisausschuss zur Ungültigerklärung verpflichtet.<sup>48</sup> Das OVG NRW hat zwar auf die Berufung die Klage abgewiesen, dabei aber ebenfalls eine gesetzwidrige Wahlbeeinflussung durch amtliche Stellen bejaht.<sup>49</sup> Anders als die Vorinstanz hat es aber den festgestellten Wahlfehler nicht als erheblich angesehen, weil der Abstand des wiedergewählten Landrats zum nächsten konkurrierenden Kandidaten so groß gewesen sei, dass jedenfalls in einer Stichwahl kein anderer Ausgang zu erwarten gewesen sei.<sup>50</sup> Ausgehend von dem im demokratischen Mehrheitsprinzip verwurzelten Erheblichkeitsgrundsatz, nach dem nur ein solcher Wahlfehler den Volkswillen verletzen kann, ohne den sich eine andere, für das Wahlergebnis maßgebliche entscheidende Mehrheit ergäbe, ist in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, ob für den hypothetischen Wahlausgang mit dem VG Düsseldorf im Interesse der Integrität der demokratischen Wahl allein auf den ersten Wahlgang abzustellen ist oder – wie vom OVG NRW befürwortet – auch der potenzielle Ausgang einer Stichwahl einzubeziehen ist.<sup>51</sup>

Ebenfalls insbesondere im Vorfeld von Wahlen gerät immer wieder die Vergabe und Nutzung kommunaler Einrichtungen für politische Veranstaltungen in Streit, wenn die Gemeinden einzelnen Parteien aufgrund deren politischer Ausrichtung den gleichen Zugang verweigern, der anderen, genehmen Parteien gewährt wird. Ist in der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung längst geklärt, dass die Parteien aufgrund der in Art. 21 GG garantierten Chancengleichheit auch einen Anspruch auf Gleichbehandlung bei Vergabe kommunaler Räumlichkeiten haben, verstört umso mehr der nicht selten anzutreffende Rechtsungehorsam kommunaler Entscheidungsträger. In ihrem vorgeblichen Einsatz für die Demokratie beschädigen sie diese in Wahrheit durch ihr renitentes Verhalten, das dann nach einer Korrektur durch die Verwaltungsgerichte verlangt.<sup>52</sup> Manche Gemeinden schließen generell die Nutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen für politische Veranstaltungen aus. Dies ist allemal zulässig und macht eine – ohnehin verfassungswidrige – Differenzierung nach politischen Inhalten überflüssig. Entschließt sich eine Gemeinde aber erst nach Eingang eines Antrags einer Partei auf Nutzungsüberlassung zu einer solchen generellen Nutzungseinschränkung, liegt – so das VG Minden im Beschluss vom 03.05.2023 lebensnah – der Verdacht nahe, dass die Widmungsänderung nur erfolgt ist, um den Antrag ablehnen zu können. Daher verstößt ein solches Vorgehen gegen das Willkürverbot.<sup>53</sup>

## II. Demokratische Anforderungen an die kommunalen Binnenverhältnisse

Nicht nur der Legitimationsakt der Wahl, sondern auch die kommunalen Binnenbeziehungen müssen dem Demokratieprinzip genügen. Ein Ausfluss ist das freie und gleiche Mandat der Ratsmit-

glieder, das ungeachtet seiner einfachrechtlichen Normierung in § 43 GO NRW bundesverfassungsrechtlich durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG vorgezeichnet ist.<sup>54</sup> Trotz dieser klaren Rechtslage hat der Rat der Stadt Kaarst auf Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Jahr 2020 den förmlichen Beschluss gefasst, mit dem der AfD angehörenden Einzelratsmitglied jegliche Zusammenarbeit auszuschließen. Nachdem der Landrat des Kreises Neuss vergeblich als zuständige Kommunalaufsichtsbehörde angerufen war, hat das VG Düsseldorf mit Urteil vom 16.05.2022 die Rechtswidrigkeit des Ratsbeschlusses festgestellt: Auch der Ratsmehrheit politisch unliebsame Ratsmitglieder haben einen Rechtsanspruch darauf, vom Rat nicht ausgegrenzt zu werden, erst recht nicht in Form eines förmlichen Ratsbeschlusses.<sup>55</sup> Diese gerichtliche Entscheidung hat indes nicht zur Läuterung der den Ratsbeschluss initiiierenden Politiker geführt, diese haben vielmehr in Reaktion hierauf erklärt, wesentlich sei allein, dass die politische Ausgrenzung erfolgreich gewesen sei.<sup>56</sup> So wichtig die nachträgliche gerichtliche Feststellung gleichwohl ist, zumal die Kommunalaufsicht zuvor versagt hatte, zeigt insbesondere diese Reaktion nicht nur das verkürzte Demokratie- und Rechtsstaatsverständnis dieser vermeintlichen Vorkämpfer für diese verfassungsrechtlichen Prinzipien, sondern – leider – auch die Grenzen effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes auf.

Eine lebendige Demokratie lebt von der öffentlichen Debatte. Dies gilt auch für die kommunalen Vertretungen. Das OVG NRW bezeichnet daher zutreffend das organschaftliche Rederecht des Ratsmitglieds als das „Urrecht eines Mitglieds einer Volksvertretung“. <sup>57</sup> Und nur wenn dieses Rederecht nicht über Gebühr beschnitten wird, kann der Rat seiner Aufgabe als Forum von Rede und Gegenrede gerecht werden. Danach muss auch die polemische Zuspitzung erlaubt sein, solange die Rede nicht auf die Diffamierung oder Beleidigung einer anderen Person zielt.<sup>58</sup> Der Sitzungsleiter muss in jedem Fall von seinen Befugnissen willkürfrei Gebrauch machen und darf das Ordnungsinstrumentarium nicht einsetzen, um ihm politisch missliebige Wortmeldungen zu unterbinden. Stehen diese Maßgaben nach der verwaltungsgerichtlichen Judikatur außer Frage, ist auch hier die Bereitschaft der politischen Akteure zu rechtmäßigem Verhalten gefordert, da der Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte regelmäßig „zu spät“ kommt, wenn sie erst im Nachhinein und leider oftmals erst einige Zeit nach der jeweiligen Ratssitzung die Rechtswidrigkeit eines Ordnungsrufes oder einer anderen Ordnungsmaßnahme feststellen.

47 OVG NRW, Ur. v. 15.12.2011, NWVBl. 2012, 228, 229.

48 VG Düsseldorf, Ur. v. 28.03.2022 – 1 K 1157/21, BeckRS 2022, 8828.

49 OVG NRW, Ur. v. 17.01.2023 – 15 A 976/22, BeckRS 2023, 2503 Rn. 43 ff.; nachfolgend BVerwG, Beschl. v. 21.08.2023 – 8 B 20.23, BeckRS 2023, 27449.

50 OVG NRW, Ur. v. 17.01.2023 – 15 A 976/22, BeckRS 2023, 2503 Rn. 58 ff.

51 Allein den ersten Wahlgang in den Blick nehmend u. a. VGH BW, Ur. v. 24.01.2023, BeckRS 2023, 1814, sowie BayVG, Ur. v. 29.11.1995, NVwZ-RR 1996, 680, 681; hierzu Heusch/Kolbe, NVwZ 2023, 1628, 1630.

52 Auch außerhalb von Wahlkampfzeiten wird politisch unliebsamen Parteien die Nutzung kommunaler Veranstaltungsräume immer wieder in rechtswidriger Weise versagt und muss vor den Verwaltungsgerichten erstritten werden. Vgl. zuletzt etwa OVG NRW, Beschl. v. 16.02.2024 – 15 B 114/24. In diesem Beschluss erinnert das OVG NRW auch daran, dass die Ankündigung von Gegendemonstrationen ebenfalls keinen Grund für eine Verweigerung des Zugangs darstellt.

53 VG Minden, Beschl. v. 03.05.2023 – 2 L 353/23, BeckRS 2023, 8903 Rn. 30 ff.

54 BVerwG Ur. v. 27.03.1992, BVerwGE 90, 104, 105.

55 VG Düsseldorf, Ur. v. 16.05.2022 – 1 K 1296/21, BeckRS 2022, 12390; hierzu Heusch, NVwZ 2022, 1432 f.

56 <https://lokalklick.eu/2022/05/19/gruene-kaarst-akzeptieren-afd-urteil-des-duesseldorfer-verwaltungsgerichts/>.

57 OVG NRW, Beschl. v. 16.05.2013 – 15 A 785/12, BeckRS 2013, 51162; hierzu auch Heusch (Fn. 20) § 5 Rn. 20.

58 OVG NRW, Beschl. v. 16.05.2013 – 15 A 785/12, BeckRS 2013, 51162.

Effektiver ist hingegen der gerichtliche Rechtsschutz, wenn die Mehrheiten in den kommunalen Vertretungen ihre Position missbrauchen und der politisch unliebsamen Opposition nach dem Gesetz zustehende Sitze in den Ausschüssen – entgegen dem verfassungsrechtlich fundierten Grundsatz der Spiegelbildlichkeit<sup>59</sup> – vorenthalten oder das Zuwendungs-system für Fraktionen willkürlich zum Nachteil dieser Opposition ausgestalten.<sup>60</sup> Dieser funktionierende Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte ändert freilich nichts daran, dass durch das vorherige Agieren der Mehrheiten in den Kommunalvertretungen der Demokratie Schaden zugefügt worden ist.

## D. Schluss

Zum Schluss sei anlässlich des 75-jährigen Bestehens der Verwaltungsgerichtsbarkeit in unserem Land eine persönliche Anmerkung gestattet: Als ich mich im Juli 1994 – mithin vor etwa 30 Jah-

ren – für den Beruf des Verwaltungsrichters entschieden habe, geschah dies aus Begeisterung für die im Grundgesetz konstituierte freiheitliche und demokratische Ordnung und in der Überzeugung, als Verwaltungsrichter an ihrer alltäglichen Verwirklichung mitwirken zu können. Diese freiheitliche Verfassung, die im Jahre 1949 als bewusster Gegenentwurf zu der vorherigen nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft geschaffen worden ist, bedarf heute – wie dargelegt – mehr denn je des Schutzes, auch durch die Verwaltungsgerichte. Daher obliegt ihnen auch in Zukunft die Aufgabe als Hüter der Verfassung.

59 Vgl. BVerwG Beschl. v. 07.12.1992, NVwZ-RR 1993, 209; Urt. v. 09.12.2009, NVwZ 2010, 834; Urt. v. 28.04.2010, BVerwGE 137, 21 Rn. 20 ff.; hierzu *Heusch* (Fn. 20), § 5 Rn. 36.

60 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 17.02.2017, KommJur 2017, 410; HessVGH, Urt. v. 05.04.2017, NVwZ 2017, 886; hierzu *Heusch* (Fn. 20), § 5 Rn. 27.

# Funktionsbedingungen rechtsstaatlicher Verwaltungsrechtsprechung – Rückblick und Ausblick

Von Dr. Wolf Sarnighausen, Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht, Münster, und Dr. Katrin Haghu, Richterin am Oberverwaltungsgericht, Münster\*

*Mit der Verkündung des Grundgesetzes am 23.05.1949 war durch Art. 19 Abs. 4 GG der Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt in Deutschland erstmals verfassungsrechtlich verbürgt worden.<sup>1</sup> Schon im selben Jahr, in dem mit der Errichtung der Verwaltungsgerichte in Nordrhein-Westfalen ein wesentlicher „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“ (Richard Thoma)<sup>2</sup> tatsächlich gesetzt wurde,<sup>3</sup> war in der seinerzeit noch geführten Diskussion um die Schaffung einer eigenen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit der Anspruch an Verwaltungsgerichte formuliert worden, sie bedürften, um ihrer Aufgabe voll gerecht zu werden, auf die Dauer des Vertrauens der rechtsuchenden Staatsbürger, aber auch des Vertrauens der Verwaltung.<sup>4</sup> Dieser Beitrag will den Funktionsbedingungen rechtsstaatlicher Verwaltungsrechtsprechung, die diesem bis heute aktuellen<sup>5</sup> Anspruch genügt, nachgehen, dabei bestimmte grundlegende Herausforderungen und hierauf reagierende wiederkehrende rechtspolitische Bestrebungen überblicksartig streifen sowie den Auswirkungen bestimmter Novellen der vergangenen Jahre auf die richterliche Arbeit gerade in NRW nachgehen.*

## I. Einleitung

Damit die Staatsgewalten nicht nur zwischen Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 3 GG) aufgeteilt sind, sondern eine angemessene Balance zwischen diesen Gewalten geschaffen und dauerhaft erhalten wird, müssen unter anderem die Verwaltungsgerichte ihren Beitrag hierzu leisten, indem sie im Streitfall glaubwürdig in ihrer Bindung an „Gesetz und Recht“ eine unabhängige Rechtskontrolle der Verwaltung in angemessener Zeit vornehmen. Dass die nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichte dazu grundsätzlich in der Lage sind, haben sie immer wieder bewiesen. Das OVG NRW hatte in den 75 Jahren seines Bestehens zahlreiche Verfahren mit gesellschaftspolitischer Brisanz zu entscheiden. So war es mit Genehmigungen kerntechnischer Anlagen<sup>6</sup> befasst, mit Steinkohle-Kraftwerken oder mit Braunkohletagebauen<sup>7</sup> und Protesten hiergegen<sup>8</sup>, mit der Erweiterung von Flughäfen<sup>9</sup> sowie mit der Beobachtung von Politikern<sup>10</sup>, Parteien<sup>11</sup> oder von Scientology<sup>12</sup> durch den Verfassungsschutz. Auch in sehr kurzfristig zu entscheidenden Eilverfahren, etwa im Versammlungsrecht, ist es nahezu durchweg gelungen, rechtzeitig Entscheidungen in rechtsstaatlichen Verfahren mit sorgfältiger Begründung zu treffen. Diese sind fast ausnahmslos befolgt worden und haben zu Rechtsfrieden beigetragen. Die meisten

behördlichen Entscheidungen konnten als rechtmäßig bestätigt werden. Wo die Verwaltung die rechtlichen Grenzen allerdings überschritten hatte oder vereinzelt gar offener Rechtsungehör-

\* Der Verfasser war von 2008 bis 2015 Dezernent für Rechtspolitik am OVG NRW. Die Verfasserin übt diese Funktion seit 2022 aus.

1 Vgl. die kurze Vorstellung der Rechtsschutzgarantie von *Gärditz*, 70 Jahre GG – die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG: Wie die Verwaltungsgerichte den Rechtsschutz entdeckten, Legal Tribune Online, 03.05.2019, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/35171/](https://www.lto.de/persistent/a_id/35171/).

2 Vgl. *Thoma*, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: *Wandersleb* (Hrsg.), *Recht – Staat – Wirtschaft*, Dritter Band, 1951, S. 9: „... und dazu jener kühne vierte Absatz des Art. 19, der dem Gewölbe des Rechtsstaats den Schlussstein einfügt, indem er jedermann das Recht gibt, Anfechtungsklage vor einem unabhängigen Gericht zu erheben, wenn er meint, daß ihn die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletze ...“

3 Vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 656, zur Verfassungsgerichtsbarkeit einerseits und Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits: „Fehlt die letztere, ist der Rechtsstaat unvollendet; fehlt die erstere, ist der Verfassungsstaat unvollendet.“

4 Vgl. *Loening*, Die Verordnung Nr. 165 und der Rechtsstaat, DV 1949, 85, 90.

5 So hat der Vizepräsident des OVG NRW kürzlich im Vorwort zum Jahresbericht 2023 v. 04.03.2024 hervorgehoben, unverändert und beständig geblieben sei das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in den Rechtsstaat, [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/15\\_240304/Jahresbericht-2023.pdf](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/15_240304/Jahresbericht-2023.pdf).

6 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 18.08.1977 – VII A 338/74 – juris.

sam zutage getreten war, haben die Gerichte deutliche Worte gefunden und die Wahrung des Rechts kraftvoll und tatsächlich zukunfts wirksam eingefordert.<sup>13</sup> So hatte das OVG NRW etwa bezogen auf eine Vielzahl von Verfahren auf Erlass normbezogener einstweiliger Anordnungen gegen nach höchstrichterlich geklärten Maßstäben verfassungswidrige Freigaben verkaufsoffener Sonntage allen Anlass zu deutlichen Worten: Es entspreche nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen, wenn kommunale Verwaltungen immer neue Verordnungen in Kenntnis ihrer Verfassungswidrigkeit beschließen und bisweilen sogar mehr oder weniger deutlich eine rechtzeitige gerichtliche Entscheidung, deren Ergebnis für sie absehbar sei, zu verhindern versuchten; ebenso wenig entspreche es rechtsstaatlichen Grundsätzen, wenn das zuständige Landesministerium an einem Erlass festhalte, der fortlaufend weitere Städte und Gemeinden zu verfassungswidrigen Entscheidungen verleite und viele davon abhalte, offenkundig rechtswidrige Verordnungen von sich aus aufzuheben.<sup>14</sup> Seit die wesentlichen Rechtsfragen höchstrichterlich geklärt sind und sich nach stetiger Wiederholung in einzelnen Verfahren nun auch landesweit herumgesprochen hat, dass die Einhaltung verfassungsrechtlicher Vorgaben gerichtlich tatsächlich rechtzeitig durchgesetzt werden kann, werden Freigaben verkaufsoffener Sonntage mittlerweile nur noch selten zu Gericht getragen. Die in zahlreichen Städten auch in NRW nach jahrelanger Überschreitung gesetzlicher Grenzwerte und unzureichender Luftreinhalteplanung heftig geführte Auseinandersetzung insbesondere um die differenziert zu beantwortende Frage der Erforderlichkeit von Fahrverboten konnte nach streitigen Entscheidungen des OVG NRW im Jahr 2019 mit umfangreichen grundsätzlichen Erwägungen<sup>15</sup> zu den Städten Aachen und Köln in weiteren Fällen im Wesentlichen unstrittig befriedet werden.<sup>16</sup> Auch die breite öffentliche Diskussion hierüber ist erledigt, seit schon im Jahr 2020 erstmals in ganz NRW alle bislang geltenden Luftqualitätswerte eingehalten werden konnten.<sup>17</sup> Besondere Aufmerksamkeit erhielt im Jahr 2018 die Abschiebung eines mutmaßlichen Gefährders nach Tunesien, die während eines anhängigen verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens gegen den Widerruf eines auf drohende Folter gestützten Abschiebungsverbots ohne Information des Gerichts über den anstehenden Abschiebetermin vorgenommen und trotz eines während des Abschiebevorgangs bekannt gegebenen Aussetzungsbeschlusses des VG Gelsenkirchen evident rechtswidrig fortgesetzt worden war.<sup>18</sup> In bundesweit ausgiebig hierüber sowie über andere spektakuläre Fälle der Missachtung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen durch Behörden aus anderen Bundesländern geführten Diskussionen wurden Zweifel aufgeworfen, ob die bisher selbstverständliche Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz so große Risse bekommen habe, dass es einer Verschärfung des Vollstreckungsrechts bezogen auf verwaltungsgerichtliche verurteilte Hoheitsträger bedürfe.<sup>19</sup>

Diese recht aktuellen Beispiele aus der gerichtlichen Praxis in NRW, in denen trotz der verfassungsrechtlichen Bindung auch der Verwaltung an „Gesetz und Recht“ die jeweils politisch unliebsame Rechtsbefolgung mit Befriedungswirkung über den Einzelfall hinaus mit gerichtlicher Hilfe durchzusetzen war, mögen genügen, um zu verdeutlichen, dass der Vertrauen schaffende Beitrag der Verwaltungsgerichte zu einer angemessenen Balance zwischen den Gewalten bei Bestehen politischer Widerstände dauerhaft anspruchsvoll ist. Die Bandbreite der Verwaltungsprozesse reicht von sehr einfach gelagerten Verfahren bis zu äußerst aufwendigen Großverfahren (etwa im Infrastrukturbereich), die einen einzelnen Spruchkörper über eine lange Zeitspanne binden können.<sup>20</sup> Der nötige Beitrag der Verwaltungsgerichte im Zusammenspiel der Staatsgewalten kann grundsätzlich nur gelingen, wenn die Gerichte unter Wahrung rechtlichen Gehörs in richterlicher Unabhängigkeit genau hinsehen, prüfen, in ihren Entscheidungen möglichst präzise und

nachvollziehbar anhand des geltenden Rechts sowie bereits erfolgter höchstrichterlicher Klärungen formulieren und ihre Entscheidungen rechtzeitig und nach einer angemessenen Verfahrensdauer ergehen. Dies gilt nicht nur für tatsächlich aufwendige und/oder rechtlich schwierige Verfahren. Die Ziele, eine auf einer grundsätzlich umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung beruhende inhaltlich richtige, an Recht und Gesetz orientierte Entscheidung zu treffen und dies in angemessener Zeit zu tun, stehen in einem – offensichtlichen, vom Gesetzgeber bei Verfahrensbeschleunigungsnovellen zu häufig ausgeblendeten – Spannungsverhältnis zueinander.<sup>21</sup> Die Gerichte sind, sollen sie ihrem rechtsstaatlichen Auftrag gerecht werden, auf funktionsadäquate Rahmenbedingungen angewiesen. Die Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit sollten ihre Ausstattung, Organisation und ihr Verfahren bestimmen.<sup>22</sup> Der Gesetzgeber sollte sich bei deren Regelung nicht nur an der Gewährleistung verfassungsrechtlicher Mindeststandards<sup>23</sup> orien-

- 7 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 16.06.2016 – 8 D 99/13.AK – juris, v. 09.12.2009 – 8 D 10/08.AK – juris, und v. 17.12.2004 – 21 A 102/00 – juris, sowie Beschl. v. 05.10.2018 – 11 B 1129/18 – juris.
- 8 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 07.12.2016 – 7 A 1668/15 – juris, und Beschl. v. 16.06.2020 – 15 A 3138/18 – juris.
- 9 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 31.05.2011 – 20 D 80/05.AK – juris, und v. 08.06.2018 – 20 D 81/15.AK – juris.
- 10 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 13.02.2009 – 16 A 845/08 – juris.
- 11 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 27.09.2023 – 5 B 757/23 – juris.
- 12 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 12.02.2008 – 5 A 130/05 – juris.
- 13 Darauf, dass gerichtliche Entscheidungen zu befolgen sind, hat die Präsidentin des OVG NRW im Vorwort zum Jahresbericht 2018 aus aktuellem Anlass hingewiesen, [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/jahrespresse-gespraech/Archiv/zw\\_i\\_2019/Jahresbericht\\_2018.pdf](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/jahrespresse-gespraech/Archiv/zw_i_2019/Jahresbericht_2018.pdf).
- 14 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 24.09.2020 – 4 B 1336/20.NE – juris; OVG NRW, Pressemitteilung v. 24.09.2020, [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01\\_archiv/2020/76\\_200924/index.php](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2020/76_200924/index.php); hierzu auch *Althoff*, Das Oberverwaltungsgericht für NRW stellt Leitplanken für die Politik auf – Präsidentin kritisiert Lokal- und Landespolitiker, *Westfalen-Blatt* v. 01.12.2020.
- 15 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 31.07.2019 – 8 A 2851/18 – juris (Aachen), und v. 12.09.2019 – 8 A 4775/18 – juris (Köln).
- 16 Vgl. OVG NRW, Pressemitteilungen v. 24.10.2019, [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01\\_archiv/2019/49\\_191024/index.php](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2019/49_191024/index.php), v. 05.12.2019, [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01\\_archiv/2019/60\\_191205/index.php](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2019/60_191205/index.php), v. 22.01.2020, [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01\\_archiv/2020/02\\_200122/index.php](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2020/02_200122/index.php), v. 23.01.2020, [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01\\_archiv/2020/03\\_200123/index.php](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2020/03_200123/index.php), und v. 28.02.2020, [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01\\_archiv/2020/14\\_200228/index.php](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2020/14_200228/index.php).
- 17 Vgl. LANUV, Bericht über die Luftqualität im Jahr 2020, [https://www.lanuv.nrw.de/fileadmin/lanuv/luft/immissionen/ber\\_trend/Bericht\\_ueber\\_die\\_Luftqualitaet\\_im\\_Jahr\\_2020.pdf](https://www.lanuv.nrw.de/fileadmin/lanuv/luft/immissionen/ber_trend/Bericht_ueber_die_Luftqualitaet_im_Jahr_2020.pdf).
- 18 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 15.08.2018 – 17 B 1029/18 – juris. Siehe auch das dpa-Interview mit der Präsidentin des OVG NRW v. 16.08.2018, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/praesidentin-ovg-nrw-ricarda-brandts-interview-sami-a-abschiebung-rechtsstaat-unabhaengigkeit-gerichte/>.
- 19 Vgl. z. B. *Brocker*, Die Vollstreckung gegen den Staat – Grundsätze und „toxische“ Fälle, *JM* 2019, 155; *Klinger*, Neue Wege effektiver Vollstreckung verwaltungsrechtlicher Urteile, *NVwZ* 2019, 1332; siehe auch den Gesetzesantrag des Landes NRW, BR-Drs. 135/22, und den – im Bundestag noch nicht beratenen – Gesetzentwurf des Bundesrates, BR-Drs. 20/2533 v. 01.07.2022.
- 20 Vgl. BVerwG, Urt. v. 11.07.2013 – 5 C 23.12 D – BVerwGE 147, 146 = juris, Rn. 31.
- 21 Vgl. BVerwG, Urt. v. 11.07.2013 – 5 C 23.12 D – BVerwGE 147, 146 = juris, Rn. 42.
- 22 So schon *Stelkens*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Umbruch – eine Reform ohne Ende?, *NVwZ* 1995, 325, 330; *ders.*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Krise, *DVBl.* 1995, 1105, 1111, zu den „Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit“.
- 23 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 24.05.1983 – 2 BvR 546/83 – juris, Rn. 11 ff. (Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nicht für jeden Einzelfall oder für Gruppen von Fällen einen Instanzenzug), v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81 – BVerfGE 60, 253 = juris, Rn. 132 ff. (Die Wirksamkeit gerichtlichen Rechtsschutzes darf nicht ausgehöhlt werden), und v. 22.09.1983 – 2 BvR 1475/83 – juris, Rn. 4 (Art. 19 Abs. 4 GG gibt keinen Anspruch auf Entscheidung durch einen Spruchkörper).

tieren, sondern an dem Ziel, dass die Verwaltungsgerichte weiterhin im Wesentlichen den in sie berechtigterweise gesetzten Erwartungen, qualitativ hochwertigen Rechtsschutz in angemessener Zeit zu gewähren, gerecht werden. Je mehr Verfahren jeder einzelne Richter gleichzeitig zu bearbeiten hat, desto schwieriger wird es, den eingangs dargelegten Ansprüchen an eine Vertrauen schaffende Verwaltungsrechtsprechung zu genügen. Um eine angemessene Verfahrensdauer zu erreichen, ohne unvertretbare Zugeständnisse bei der Einhaltung qualitativer Anforderungen machen zu müssen, darf die Zahl anhängiger Verfahren nicht zu stark anwachsen. Liegt die Zahl neu eingehender Verfahren – auch abhängig von ihrer Schwierigkeit – über längere Zeit höher, als mit dem vorhandenen Personalbestand in derselben Zeit erledigt werden kann, verlängern sich ohne entsprechende Personalaufstockungen die Verfahrensdauern. Denn verfahrensrechtliche oder organisatorische Beschleunigungspotenziale sind in den vergangenen Jahren bereits ausgeschöpft worden.

## II. Belastung der Verwaltungsgerichte und Reaktionen im Rückblick

Schon ab den 1970er-Jahren waren große Verfahrensanstiege zu verzeichnen, auf die mit wiederholten Personalaufstockungen reagiert wurde.<sup>24</sup> Dadurch konnten ein Anwachsen der Zahl anhängiger Verfahren und eine entsprechende Verlängerung der durchschnittlichen Verfahrensdauer aber nicht verhindert werden. Schon Anfang der 1980er-Jahre waren mehr als 40 000 Verfahren bei den nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichten anhängig, mit der regelmäßig so bezeichneten „Asylwelle“ Anfang der 1990er-Jahre waren es über 100 000.<sup>25</sup> Da asylrechtliche Streitigkeiten schon damals dauerhaft „Massesachen“ geworden waren und der Gedanke der Spezialisierung durch Konzentration dieser Verfahren bei einzelnen Gerichten an Bedeutung verloren hatte, wurde mit dem Siebten Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung im Lande NRW vom 15.01.1991<sup>26</sup> die bisherige Konzentration dieser Verfahren auf vier der sieben erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte des Landes aufgehoben.<sup>27</sup>

Steigende Verfahrenszahlen und zunehmend lange Verfahrensdauern waren Anlass für grundlegende Reformen des Verwaltungsprozessrechts. So sollte, nachdem zuvor bereits unter anderem mit dem – mehrfach verlängerten – Gesetz zur Entlastung der Gerichte in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit vom 31.03.1978<sup>28</sup> auf die Entwicklung reagiert worden war, das Vierte Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 17.12.1990<sup>29</sup> in erster Linie den Rechtsschutz für den Bürger verbessern, das verwaltungsgerichtliche Verfahren beschleunigen und vereinfachen sowie die Gerichte entlasten. Zahlreiche Einzelmaßnahmen sollten in ihrer Bündelung einerseits den effektiven Rechtsschutz gegenüber dem Handeln der Verwaltung aufrechterhalten und stärken, aber zugleich die Gerichte befähigen, den „einfachen Fall“ in angemessener kurzer Zeit abzuschließen und das Augenmerk auf die bedeutsamen, gewichtigen Fälle zu legen. Weitergehende grundlegende Änderungsvorschläge, deren rechtspolitische Zielsetzung und praktischer Wert seit Langem umstritten waren, wurden seinerzeit erklärtermaßen nicht aufgegriffen.<sup>30</sup> Sie folgten nur wenig später, indem in erster Linie das Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens vom 26.06.1992<sup>31</sup> vor allem durch die regelmäßig vorgesehene Entscheidung des Einzelrichters und massive Beschränkungen des Rechtsmittelzugangs<sup>32</sup> die Personalstruktur und die verwaltungsgerichtliche Arbeitsweise nicht nur in NRW nachhaltig veränderte.<sup>33</sup> Auch für klassische verwaltungsgerichtliche Verfahren wurde kurz darauf durch Art. 9 des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.01.1993<sup>34</sup> für nicht

besonders schwierige und nicht grundsätzliche Rechtssachen die regelmäßige Übertragung auf den Einzelrichter eingeführt. Zur Sicherung der Qualität der Rechtsprechung war insoweit lediglich noch vorgesehen, dass nur Richter, die in einem hinreichenden Maße mit der verwaltungsgerichtlichen Arbeit vertraut sind, Einzelrichter sein können, wovon der Gesetzgeber bei Richtern auf Probe im zweiten Jahr nach ihrer Ernennung ausging.<sup>35</sup> Da sich insbesondere durch die hohe Zahl der Asylverfahren nach kurzer Zeit die Verfahrensdauer auch in anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachhaltig erhöht hatte, verfolgte der Gesetzgeber bereits mit dem Sechsten Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 01.11.1996<sup>36</sup> die Absicht, insbesondere durch Schaffung weiterer erstinstanzlicher Zuständigkeiten des Oberverwaltungsgerichts, die Beschränkung von Rechtsmitteln und die Einführung einer fiktiven Klagerücknahme bei Nichtbetreiben von Verfahren „alle Möglichkeiten zur Vereinfachung und Optimierung gerichtlicher Verfahren auszuschöpfen, soweit dies unter Berücksichtigung der berechtigten Anliegen der Rechtsschutzsuchenden sinnvoll erscheint“.<sup>37</sup> Seinerzeit waren nicht mehr Personalaufstockungen, sondern Änderungen des Verfahrensrechts nach Einschätzung der Bundesministerin der Justiz trotz des geringen Anteils der Kosten der Justiz in den Länderhaushalten das bevorzugte Mittel, „um die Inanspruchnahme der Gerichte zu begrenzen und die Möglichkeiten dafür zu verbessern, mit gleichbleibenden personellen Ressourcen eine größere Zahl von Verfahren zu erledigen“; zudem sollte die außergerichtliche Streitbeilegung verstärkt gefördert und die innere Organisation der Gerichte im Servicebereich modernisiert werden.<sup>38</sup>

- 24 Vgl. *Rau*, Aufgaben und Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Verfassungsstaat, in: Justizminister des Landes NRW (Hrsg.), 40 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, 1989, S. 13 f.
- 25 Vgl. Präsident des Oberverwaltungsgerichts NRW (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Festschrift, 1999, S. 177 ff.
- 26 GV. NW. 1991 Nr. 4 S. 16.
- 27 Vgl. LT-Drs. 11/526, S. 6.
- 28 BGBl. I 1978 S. 446.
- 29 BGBl. I 1990 S. 2809. Ausführlich zum 4. VwGO-ÄndG und zur Vorgeschiede, insbesondere auch zur Diskussion über eine einheitliche Verwaltungsprozessordnung für die drei öffentlich-rechtlichen Gerichtszweige *Stelkens*, Das Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGO-ÄndG) das Ende einer Reform?, NVwZ 1991, 209 ff. Die Entwicklung bis zum 4. VwGO-ÄndG zusammenfassend *Stelkens* (Fn. 22), NVwZ 1995, 325, 329; *Wahrendorf*, Das 6. VwGO-ÄnderungsG – Bemerkungen zum prozessrechtlichen Beratungsgegenstand des 12. Verwaltungsrichtertages, NWVBl. 1998, 177.
- 30 Vgl. BT-Drs. 11/7030, S. 2, 17.
- 31 BGBl. I 1992 S. 1126. Siehe bereits zuvor das Gesetz über das Asylverfahren v. 16.07.1982 (BGBl. I S. 946).
- 32 Vgl. BT-Drs. 12/2062, S. 1, 19 f. und 40 ff.
- 33 Vgl. *Stelkens* (Fn. 22), NVwZ 1995, 325, 326. Siehe auch *Ramsauer*, Prozessuale Einbußen beim Rechtsschutz durch weniger Rechtsmittel, AnwBl. 2015, 739, 739 f.
- 34 BGBl. I 1993 S. 50. Zu den Inhalten im Einzelnen siehe etwa *Schnellenbach*, Die Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege, DVBl. 1993, 230 ff.
- 35 Vgl. BT-Drs. 12/1217, S. 11, 54, und BT-Drs. 12/3832, S. 21, 39, 46.
- 36 BGBl. I 1996 S. 1626.
- 37 Vgl. BT-Drs. 13/3993, S. 1 f. Zum 6. VwGO-ÄndG siehe etwa *Redeker*, Neue Experimente mit der VwGO?, NVwZ 1996, 521 ff.; *Schenke*, „Reform“ ohne Ende – Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGO-ÄndG), NJW 1997, 81 ff.; *Stelkens* (Fn. 22), NVwZ 1995, 325, 326 ff.; *ders.* (Fn. 22), DVBl. 1995, 1105 ff. Zu „Korrekturen“ des 6. VwGO-ÄndG durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess (RmBereinVpG) v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001 S. 3987) siehe etwa *Seibert*, Änderungen der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess, NVwZ 2002, 265 ff.; *Ramsauer* (Fn. 33), AnwBl. 2015, 739, 741.
- 38 Vgl. *Leutheusser-Schnarrenberger*, Wege zur Justizentlastung – Erkenntnisse aus der Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR), NJW 1995, 2441, 2442.

Trotz aller „Beschleunigungsgesetze“<sup>39</sup> war die Personalausstattung zur Bewältigung der Verfahren in NRW weiterhin nicht ausreichend. Eine auf Anregung des Bundesministeriums der Justiz unter Leitung von Prof. Merten durchgeführte Untersuchung des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer über die Dauer der verwaltungsgerichtlichen Verfahren in ausgewählten Bundesländern<sup>40</sup> brachte bei vergleichbarer Betroffenheit von den bundesweit geltenden Prozessrechtsnovellen der 1990er-Jahre bemerkenswert unterschiedliche Ergebnisse gerade im Vergleich zwischen NRW und Rheinland-Pfalz. Verfahrenslaufzeiten, Geschäftsbelastung und Personalbestand wurden in den Ländern Bayern, Brandenburg, Hamburg, NRW und Rheinland-Pfalz für die Jahre von 1991 bis 2000 untersucht, um repräsentative Durchschnittswerte und tragfähige Aufschlüsse über die Entwicklung der Verfahrensdauer zu erlangen. Dabei ergab sich seinerzeit eine Grenzbelastung je Richter in Gestalt einer ungewichteten Zahl von neu eingehenden Verfahren, die die Richter in den untersuchten Ländern im betrachteten Zehnjahresdurchschnitt in einem Jahr erledigen konnten, ohne dass Rückstände auftraten. Während diese Grenzbelastung in NRW von 1991 bis 1998 überschritten war und sich hier dementsprechend die durchschnittliche Verfahrensdauer zwischen 1991 und 2000 von 12,2 Monaten auf 24,9 Monate verdoppelte, konnte die Verfahrenslaufzeit in Rheinland-Pfalz, wo die Zahl neu eingehender Verfahren nur in den Jahren 1993 und 1994 über der ermittelten Grenzbelastung lag, zwischen 1992 und 2000 von 13,3 Monaten auf 7,3 Monate nahezu halbiert werden. Entsprechend erhöhte bzw. verringerte sich der Anteil der überjährigen Verfahren während des Untersuchungszeitraums in diesen beiden Ländern: In NRW waren 1991 knapp 40 % der erledigten Hauptsacheverfahren überjährig, im Jahr 2000 waren es fast 65 %; in Rheinland-Pfalz waren es 1991 etwas über 40 %, im Jahr 2000 dagegen nur noch etwas über 15 %. Bei einem dramatischen Anstieg von Neuzugängen in den Jahren 1993 bis 1995 blieb die Zahl der Planstellen in NRW während des Untersuchungszeitraums praktisch konstant. Auf einen vergleichbaren Verfahrensanstieg reagierte der Haushalts-gesetzgeber in Rheinland-Pfalz durch eine Erhöhung der Richterplanstellen um etwa ein Drittel. Zudem widerstand er der Versuchung, nach dem Rückgang der hohen Neuzugänge die Zahl der Richter sogleich wieder zu reduzieren, wodurch die Restbestände und langen Verfahrenslaufzeiten bis zum Jahr 2000 kontinuierlich weiter abgebaut werden konnten. In der Untersuchung wurde zugleich festgestellt, dass in Nordrhein-Westfalen zwischen 1991 und 2000 pro Richter überdurchschnittlich mehr Verfahren erledigt worden waren als etwa in Rheinland-Pfalz. Das Bild vom langsam arbeitenden Verwaltungsrichter als gelegentlich vermutete wesentliche Ursache für überlange Laufzeiten war damit durch konkrete Zahlen widerlegt. Auch die Annahme der früheren Bundesjustizministerin, relevante Beschleunigungspotenziale könnten sich aus einer – mittlerweile in NRW umgesetzten – Zusammenlegung von Geschäftsstelle und Kanzlei ergeben, bestätigte sich nicht, weil die durchschnittliche Akte in den fünf untersuchten Ländern seinerzeit zu rund 80 % der ganzen Verfahrenslaufzeit unbearbeitet auf der Geschäftsstelle lag. Im Untersuchungszeitraum hatte die Einzelrichtertätigkeit nur im Asylbereich zu einer Verkürzung der Verfahrensdauer geführt, in klassischen Verfahren – entgegen der Erwartung des Gesetzgebers – hingegen zu einer Verlängerung. Verfahrensverkürzend erwies sich statistisch eine Kammerbesetzung mit maximal drei Richtern. Als verfahrensverlängernde Faktoren konnten etwa eine besonders hohe Zahl von Klägern, die Mandatsniederlegung, die Beteiligung des Bundes sowie die Beiladung festgestellt werden. Besonders lange waren die Verfahrenslaufzeiten etwa im Krankenhausrecht, im Vermögensrecht, im Umweltschutzrecht und im Ver-

triebenrecht. Auch umfangreiche Akten, hohe Streitwerte, Richterwechsel und Feststellungsklagen haben zu überdurchschnittlich längeren Verfahren beigetragen.

Erst Anfang des Jahrtausends kam es nach einer mangelhaften personalwirtschaftlichen Untersuchung der Belastungssituation in NRW durch ein privates Personal- und Managementberatungsunternehmen im Wege einer Einigung im Hinblick auf die hier aufgelaufenen Bestände und die gestiegenen Verfahrenslaufzeiten zu einer auf etwa fünf Jahre befristeten Aufstockung des richterlichen Personals an den Verwaltungsgerichten, die mit der Erwartung verbunden war, die Rückstände könnten in dieser Zeit abgearbeitet werden.<sup>41</sup> Wegen der im landesweiten Vergleich besonders hohen Arbeitsbelastung des VG Köln durch Alleinzuständigkeit für Verfahren in vertriebenrechtlichen Angelegenheiten wurde ab dem 01.01.2003 vorübergehend das VG Minden für Verfahren von Aussiedlern aus Kasachstan zuständig.<sup>42</sup> Trotz Übergangs der seit dem 01.01.2000 eingegangenen Verfahren einigten sich die Präsidenten der Verwaltungsgerichte und des Oberverwaltungsgerichts darauf, dem VG Köln zum Abbau der dort dennoch verbliebenen vergleichsweise hohen Zahl an Altverfahren vorübergehend mehr richterliches Personal zuzubilligen, als diesem Gericht nach der ausschließlich eingangsbasierten Personalbedarfsberechnung zugestanden hätte. Sie griffen dabei erfolgreich auf die guten Erfahrungen aus Rheinland-Pfalz zurück, wo nach dem Rückgang der Verfahrenseingänge nach der ersten Asylwelle Anfang der 1990er-Jahre das vorhandene Personal erst wieder abgebaut worden war, nachdem auch die aufgelaufenen Altbestände weitgehend abgearbeitet worden waren. Mit erheblichen Auswirkungen auf eine gesunde Personalentwicklung an den Verwaltungsgerichten verbunden war wenig später die – ohne Anhörung der gerichtlichen Praxis im Vermittlungsausschuss beschlossene – Zuweisung der Zuständigkeit für die Grundsicherung für Arbeitsuchende und für Sozialhilfeangelegenheiten an die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003<sup>43</sup> und durch das Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003<sup>44</sup>. Die Sonderzuweisung dieser ursprünglich klassischen öffentlich-rechtlichen Materie an die Sozialgerichte führte dort zu erheblichen Zusatzbelastungen. Von den zahlenmäßig entlasteten Verwaltungsgerichten wurde zum Abarbeiten von verbliebenen Altverfahren weiterhin notwendiges Personal abgezogen; viele Jahre waren praktisch keine Neueinstellungen möglich.

Um das vorhandene Potential besser ausschöpfen zu können – und als Reaktion auf in allgemeinen Medien und der Fachliteratur geäußerte Kritik an den Verwaltungsgerichten, insbesondere hinsichtlich ungefragter Fehlersuche und der lan-

39 Vgl. zu einer Einschätzung der Entlastungswirkung durch die Einführung der Zulassungsberufung *Wahrendorf* (Fn. 29), NWVBl. 1998, 177, 178.

40 Siehe *Merten*, Vortragsmanuskript für die Tagung der Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe in Frankfurt (Oder) im Oktober 2002, Anlage 1 zum Protokoll, Forschungsprojekt „Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren in ausgewählten Bundesländern“ (nicht veröffentlicht, Wiedergabe mit freundlicher Genehmigung des Verfassers). Siehe auch *Merten/Jung*, Zur Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren – zugleich Zwischenbericht über ein Forschungsprojekt –, in: *Pitschas* (Hrsg.), Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Vorträge und Diskussionsbeiträge der Verwaltungswissenschaftlichen Arbeitstagung 1997 des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1999, S. 31 ff.

41 Vgl. LT-Vorlage 13/623, S. 1 f.

42 Siehe das Zehnte Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung im Lande Nordrhein-Westfalen v. 17.12.2002, GV. NRW. S. 634; vgl. LT-Drs. 13/3044.

43 BGBl. I 2003 S. 2954.

44 BGBl. I 2003 S. 3022.

gen Verfahrensdauer<sup>45</sup> –, fand sich sodann auf Initiative des Präsidenten des OVG NRW und unter Einbeziehung der örtlichen Richterräte eine Arbeitsgruppe „Qualitätsdiskussion“ zusammen, die aus Richtern aller Verwaltungsgerichte des Landes NRW bestand. Sie legte im Februar 2005 ein „Arbeitspapier“ vor, das alle Ebenen verwaltungsrichterlicher Arbeit behandelte und Möglichkeiten der Optimierung aufzeigte, die bis heute relevant sind und bundesweit Beachtung gefunden haben.<sup>46</sup> Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts sowie die Präsidentin und Präsidenten der Obergerichtsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe der Länder beschlossen in der Folge, ihre Bemühungen um eine Binnenmodernisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und eine Optimierung ihrer Außerbreitung besser als bisher zu koordinieren.<sup>47</sup> Hierzu wurde beim OVG NRW eine Geschäftsstelle in Sachen „Binnenmodernisierung“ eingerichtet, bei der innovative Ideen gesammelt und von der aus gemeinsame Aktionen koordiniert werden sollten. Unter anderem fanden verschiedene „Kundenbefragungen“ statt. In Auswertung dieser Initiativen hielten die Chefpräsidenten im Anschluss an ihre Jahrestagung im Mai 2006 fest, den Befragungen zufolge werde die Qualität der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen besonders geschätzt. Sie legten neben der im Vordergrund stehenden weiteren Verkürzung der Verfahrenslaufzeiten besonderen Wert auf die Verständlichkeit und Überzeugungskraft richterlicher Entscheidungen sowie auf eine verständige Kommunikation mit den Verfahrensbeteiligten.<sup>48</sup> Die in NRW im Jahr 2005 durchgeführte Befragung von Rechtsanwaltschaft und Behörden, die beruflich mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu tun hatten, ergab hohe Zufriedenheitswerte zwischen „gut“ und „befriedigend“ bezogen auf die Arbeit der Verwaltungsrichterninnen und Verwaltungsrichter in NRW, ihre Kommunikation, die Verhandlungsführung sowie die Verständlichkeit und Überzeugungskraft der Entscheidungen.<sup>49</sup> Die Verfahrensdauer wurde seinerzeit mit einem oberen „ausreichend“ eher negativ bewertet.<sup>50</sup> Erst nach 2010 war es gelungen, die Zahl anhängiger Verfahren auf unter 30 000 abzubauen und für einige Jahre in dieser Größenordnung zu halten. In dieser Zeit lag die durchschnittliche Laufzeit von Hauptsacheverfahren erster Instanz zwischen sieben und neun, in Eilverfahren zwischen eineinhalb und zwei Monaten.<sup>51</sup> Vergleichbar gute Verfahrensdauern waren in Rheinland-Pfalz bereits zehn Jahre früher erreicht worden.

Nach der „Asylwelle“ im Jahr 2015 stieg der Anhang wieder drastisch auf über 80 000 Verfahren im Jahr 2017 an<sup>52</sup> und lag erst ab 2022 wieder unter 50 000<sup>53</sup>. Die Größenordnung von 30 000, die ohne vorübergehende Personalaufstockung angemessen kurze Verfahrensdauern erst ermöglicht hatte, wurde bis heute bei Weitem nicht erreicht. Alle weiterhin wirksamen Maßnahmen zur Bewältigung der Verfahrenslut einschließlich einer vorübergehenden deutlichen Personalaufstockung ab 2015 haben angesichts dieser neuen Höchstbelastung in den vergangenen Jahren nicht genügt, um den Verfahrensanhang auf einem vertretbaren Maß zu halten bzw. wieder entsprechend abzubauen und dadurch zugleich die Verfahrenslaufzeiten auf einem rechtsstaatlich wünschenswerten Stand zu halten bzw. hierauf zurückzuführen. Bis heute wirkt nach, dass in den Jahren 2016 und 2017 trotz neu geschaffener Stellen jeweils etwa doppelt so viele Verfahren eingegangen sind, als erledigt werden konnten. So lag die durchschnittliche Laufzeit von Hauptsacheverfahren erster Instanz im Jahr 2023 wieder bei über 15 Monaten.<sup>54</sup> Nach Angaben des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge lag die durchschnittliche Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren in Asylsachen im Zeitraum vom 01.01.2023 bis zum 31.07.2023 in NRW sogar bei 21,5 Monaten, während sie in Rheinland-Pfalz nur noch 4,7 Monate betrug.<sup>55</sup> Ungeachtet der noch vergleichsweise hohen Zahl anhängiger Verfahren und langen durchschnittlichen Verfahrensdauer ist im aktuellen

Haushaltsplan des Landes NRW bis Ende 2025 eine Streichung des größten Teils und bis Ende 2026 des Restes der verbliebenen seit 2015 vorübergehend geschaffenen Stellen vorgesehen. Ohne diese Stellen kann eine weitere Abarbeitung vorhandener Altverfahren und eine Verkürzung der durchschnittlichen Verfahrenslaufzeiten nach den Erfahrungen aus den Jahren 1991 bis 2000 nicht gelingen. Im Gegenteil bedarf es neben der Erhaltung dieser Stellen personeller Aufstockungen, um in sämtlichen Verfahren angemessene Verfahrenslaufzeiten zu erreichen. Der Haushaltsgesetzgeber steht davor, seine damalige und erst spät korrigierte Fehleinschätzung über eine vermeintlich auskömmliche Ausstattung der Verwaltungsgerichte auf der Grundlage ausschließlich eingangsbasierter Personalbedarfsberechnungen mit gravierenden Folgen für einen effektiven Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte in angemessener Zeit zu wiederholen. Dabei sind politisch vorgegebene Zielwerte für Verfahrenslaufzeiten in Asylsachen noch nicht einmal berücksichtigt, die sich mit dem verfügbaren Personal trotz einer möglichst effektiven Verteilung von Asylverfahren auf die verschiedenen Verwaltungsgerichte nach übereinstimmender Einschätzung der Präsidentinnen und Präsidenten der Verwaltungsgerichte und des Ministeriums der Justiz nicht erreichen lassen. Die derzeit absehbare Haushaltsgesetzgebung blendet erneut die durch bereits übermäßig viele noch anhängige (Alt-)Verfahren verursachte Belastung aus. Eine von den Erfahrungen aus der Vergangenheit und hieraus gewonnenen validen Erkenntnissen getragene Korrektur tut not. Ein Blick nach Rheinland-Pfalz lohnt noch heute auch in Zeiten knapper Kassen.

### III. Grundprobleme der bisherigen Reformen

#### 1. Beschleunigungsgesetzgebung und rechtsstaatliche Funktionen der Verwaltungsgerichte

Nachdem der Gesetzgeber des Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung bereits 1996 davon ausgegangen war, er hätte nun alle rechtsstaatlich vertretbaren Möglichkeiten zur Vereinfachung und Optimierung verwaltungsgerichtlicher Verfahren ausgeschöpft, und angesichts der signifikanten

45 Siehe hierzu etwa Redeker, Legislative, Exekutive und Verwaltungsgerichtsbarkeit – Versuch eines sachlichen Gesprächs, NVwZ 1996, 126, 127 f.; ders. (Fn. 37), NVwZ 1996, 521, 522.

46 Vgl. Bertrams, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Offensive, NWVBl. 2005, 245 ff.; die Dokumente zur Qualitätsdiskussion sind bis heute abrufbar über die Internetseite des OVG NRW unter <https://www.ovg.nrw.de/aufgaben/qualitaetsdiskussion/index.php>.

47 Vgl. Gerichte sollen moderner werden, FAZ v. 30.03.2005, S. 2.

48 Siehe die Pressemitteilung des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Präsidentin und der Präsidenten der Obergerichtsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe der Länder v. 16.05.2006, <https://www.verwaltungsgerichtsbarkeit.de/presse/presse/index.php>.

49 Vgl. Fachhochschule für Rechtspflege NRW Bad Münstereifel, Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben Rechtsanwalts- und Behördenbefragung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes NRW, 2005, [https://www.ovg.nrw.de/aufgaben/qualitaetsdiskussion/05\\_kundenbefragung/abschlussbericht\\_kundenbefragung.pdf](https://www.ovg.nrw.de/aufgaben/qualitaetsdiskussion/05_kundenbefragung/abschlussbericht_kundenbefragung.pdf), S. 10.

50 Vgl. Fachhochschule für Rechtspflege NRW Bad Münstereifel (Fn. 49), S. 12.

51 Siehe OVG NRW, Statistisches Material (Daten und Fakten) zum Jahrespressegespräch v. 27.02.2015, <https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/jahrespressegespraeche/Archiv/index.php>.

52 Vgl. OVG NRW, Jahresbericht 2018 zum Jahrespressegespräch v. 21.02.2019, S. 6., <https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/jahrespressegespraeche/Archiv/index.php>.

53 Vgl. OVG NRW, Jahresbericht 2023 v. 04.03.2024, S. 7, <https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/jahrespressegespraeche/Jahresbericht-2023.pdf>.

54 Vgl. OVG NRW, Jahresbericht 2023 v. 04.03.2024, S. 9, <https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/jahrespressegespraeche/Jahresbericht-2023.pdf>; siehe auch LT-Drs. 18/7586, S. 2.

55 Vgl. Antwort der Landesregierung auf eine Kleine Anfrage, LT-Drs. 18/7430, S. 3.

Erfolge einer auskömmlichen Personalausstattung durch den Haushaltsgesetzgeber in Rheinland-Pfalz zur Erzielung angemessener Laufzeiten verwundert es, dass die Rechtspolitik in den vergangenen Jahren dem stets lauter werdenden Drängen nach schnelleren Verfahren durch den weiteren Abbau rechtsstaatlicher Standards meint entsprechen zu sollen. Dies hat schon in der Vergangenheit in den Bundesländern ohne realistische Personalausstattung nicht zu der gewünschten Beschleunigung geführt. Nach den langjährigen Erfahrungen ist das ohnehin nur begrenzte Beschleunigungspotenzial insoweit praktisch ausgeschöpft. Weitere Verfahrensstraffungen sind deshalb eher geeignet, die Glaubwürdigkeit einer wirksamen Kontrolle der öffentlichen Gewalt unter Gewährung rechtlichen Gehörs sowie die Wahrung der Rechtseinheitlichkeit zunehmend infrage zu stellen und die bisher aus Sicht von Behörden und Anwaltschaft zufriedenstellenden Arbeitsergebnisse der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine sachlich ungerechtfertigte Erhöhung des Arbeitsdrucks in den Gerichten zu verschlechtern.

Als die Verwaltungsgerichtsordnung im Jahr 1960 als Reaktion auf die von den Verfassern in der Zeit des Nationalsozialismus noch persönlich erlebte Perversion staatlicher Macht und auf der Grundlage erster Erfahrungen der Verwaltungsgerichte nach dem Krieg geschaffen wurde, enthielt sie ein in sich im Wesentlichen stimmiges Verwaltungsprozessrecht mit Spruchkörperbesetzungen in drei Instanzen.<sup>56</sup> Demgegenüber hat der Gesetzgeber in den letzten Jahrzehnten regelmäßig unter dem Druck steigender Verfahrenszahlen und als zu lang bewerteter Verfahrenslaufzeiten mit Änderungen des Prozessrechts reagiert,<sup>57</sup> ohne die Beibehaltung eines an den Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rechtsstaat orientierten Gesamtkonzepts noch erkennbar im Blick zu behalten.<sup>58</sup> Dabei waren die rechtsschutzbeschränkenden Änderungen im Bereich des Asylprozessrechts oftmals Vorbild für den allgemeinen Verwaltungsprozess, ohne die Folgen für eine verlässliche Verwaltungsrechtsprechung hinreichend zu hinterfragen.<sup>59</sup> Es fehlte und fehlt meist an einer ausreichenden Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit den tieferen Ursachen für hohe Verfahrenszahlen und lange Laufzeiten und an einer zielgenauen Reaktion auf diese Ursachen. So wurden rechtsstaatliche Standards abgesenkt und sinnvolle Korrektive fehlerhafter Rechtsanwendung ausgedünnt, selbst wenn damit die angestrebte Beschleunigung gar nicht oder allenfalls in einem zu vernachlässigenden Umfang zu erreichen war.

Als wesentliche Ursachen für die hohe Belastung der Verwaltungsgerichte und die lange Verfahrensdauer hatte man schon während der Beratungen zur VwGO die unzureichende personelle und sächliche Ausstattung der Verwaltungsgerichte im Verhältnis zu der Ausstattung der Behörden und der Ministerien<sup>60</sup> sowie die „seit Jahren pausenlos andauernde Hochflut von Gesetzen“<sup>61</sup> erkannt, aber auch das erhebliche Beschleunigungspotenzial selbst geringer personeller Aufstockungen in dieser vergleichsweise kleinen Gerichtsbarkeit<sup>62</sup>. Die Tendenz zur Schaffung weiterer formeller und materieller subjektiv-öffentlicher Rechte durch den Gesetzgeber hat sich trotz früher Warnungen weiter fortgesetzt. Zugleich ist das Bewusstsein der Bürger gewachsen, ihre Rechte (verwaltungs-)gerichtlich durchsetzen zu können.<sup>63</sup> Dies bot und bietet auch Anlass, über wirksame Instrumente gegen die missbräuchliche oder inflationäre Anrufung der Gerichte nachzudenken.<sup>64</sup> Die Möglichkeit, einfache Streitsachen und Massenverfahren nach erfolgter letztinstanzlicher Grundsatzklärung dem Einzelrichter zu übertragen, sowie die Einführung der Zulassungsberufung führen bei sachgerechtem Einsatz zu einer sinnvollen Entlastung. In der Praxis bleibt allerdings problematisch, dass in nicht wenigen Spruchkörpern unter hohem Erledigungsdruck auch schwierige, rechtlich nicht ausreichend geklärte und bedeutsame Verfahren auf den Einzelrichter übertragen werden, bei denen die praktisch nicht justiziablen gesetzlichen Voraussetzungen für die Übertragung nicht vorliegen. Hierin liegt eine Gefahr für die Verlässlich-

keit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung gerade mit Blick auf die bundesweit sehr unterschiedlich streng gehandhabte Berufungszulassungspraxis, die in Einzelfällen immer wieder vom Bundesverfassungsgericht beanstandet wird<sup>65</sup> und in signifikant unterschiedlich hohen Zulassungsquoten auch statistisch erkennbar wird<sup>66</sup>. Die drastische Verringerung der Berufungsverfahren an den Obergerichten hat wegen des daraus insgesamt folgenden Rückgangs der Revisionsverfahren auch Konsequenzen für die erheblich zurückgegangenen Rechtsvereinheitlichungsmöglichkeiten des Bundesverwaltungsgerichts,<sup>67</sup> dem entgegen seiner eigentlichen Funktion als Revisionsgericht zunehmend erstinstanzliche Verfahren zugewiesen worden sind.

Ungeachtet der mittlerweile etablierten verfahrensrechtlichen Instrumente zur sinnvollen zügigen Abarbeitung einfacher Verfahren verbleiben viele komplexe Sach- und Rechtsfragen, deren Umfang gerade mit zunehmender Ausweitung des Unionsrechts im Vergleich zu früheren Jahren so sehr zugenommen hat, dass die Präsidentinnen und Präsidenten der Obergerichte und Verwaltungsgerichtshöfe der Länder im März 2014 eine Neuerhebung der dem Personalbedarfsrechnungssystem zugrunde liegenden Basiszahlen beschlossen haben.<sup>68</sup> An der Neuerhebung im Jahr 2016 hat NRW allerdings nicht teilgenommen, weil sie hier kurz vor Einführung des fakultativen elektronischen Rechtsverkehrs am 01.01.2018 nicht als sachgerecht angesehen worden war. Die nur punktuell nachjustierten Berechnungen erfolgen hier demnach weiterhin auf der Grundlage von Erhebungen aus der Zeit nach 2005. Die Präsidentinnen und Präsidenten der Obergerichte und Verwaltungsgerichtshöfe hatten schon im September 2010 auf der Grundlage der Erfahrungen der ersten Jahre seit Einführung dieser Methode zur Personalbedarfsberechnung darauf hingewiesen, dass die darin vorgesehene Erfassung erstinstanzlicher Verfahren an den Obergerichten, insbesondere sogenannter Großverfahren, dem zur Bearbeitung erforderlichen tatsächlichen durchschnittlichen Arbeitsaufwand nicht annähernd gerecht werde.<sup>69</sup> Von

56 Vgl. Ramsauer (Fn. 33), AnwBl. 2015, 739; Stelkens (Fn. 22), DVBl. 1995, 1105, 1106.

57 Siehe beispielhaft die Äußerungen des seinerzeitigen Justizministers in NRW Behrens in der 694. Sitzung des Bundesrates am 01.03.1996, Plenarprotokoll, S. 84, zum 6. VwGO-ÄndG.

58 Vgl. schon Stelkens (Fn. 22), NVwZ 1995, 325, 326.

59 Vgl. Ramsauer (Fn. 33), AnwBl. 2015, 739, der vom Asylrecht als dem „Trojanischen Pferd des Verwaltungsprozesses“ spricht. Siehe auch Stelkens (Fn. 22), NVwZ 1995, 325, 328, der insoweit mit Blick auf die Änderungen des Asylprozessrechts eine „Leitfunktion“ für die Umgestaltung der Verwaltungsgerichtsordnung sieht.

60 Siehe etwa Arndt, 89. Sitzung des Bundestages am 11.11.1959, BT-Plenarprotokoll 3/89, S. 4818 f., anlässlich der 3. Lesung des Entwurfs einer Verwaltungsgerichtsordnung (BT-Drs. 3/55 und 3/1094 Anlage 1).

61 So Kuchtnier, BT-Plenarprotokoll 3/89, S. 4817.

62 So Arndt, BT-Plenarprotokoll 3/89, S. 4818, unter Hinweis auf eine Berechnung von Bachof.

63 Vgl. Bertrams, Die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit, Versuch einer Bestandsaufnahme anlässlich ihres 50. Geburtstages, NWVBl. 1999, 245 f.

64 Vgl. Behrens in der 694. Sitzung des Bundesrates am 01.03.1996, Plenarprotokoll, S. 84.

65 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 18.03.2022 – 2 BvR 1232/20 – juris, Rn. 22 f., m. w. N.

66 Vgl. etwa Ramsauer (Fn. 33), AnwBl. 2015, 739 f., 741 ff.

67 Vgl. Rennert, Der „Pakt für den Rechtsstaat“ und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Vortrag v. 22.11.2018, [https://www.bverwg.de/medien/pdf/rede\\_20181122\\_de.pdf](https://www.bverwg.de/medien/pdf/rede_20181122_de.pdf), S. 6 f.

68 Vgl. Gemeinsame Erklärung der Präsidentin/des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Präsidentinnen und Präsidenten der Obergerichte und Verwaltungsgerichtshöfe der Länder an die 85. JuMiKo 2014 in Mecklenburg-Vorpommern, [https://www.verwaltungsgerichtsbarkeit.de/presse/presse/01\\_archiv/20\\_140331/140513.pdf](https://www.verwaltungsgerichtsbarkeit.de/presse/presse/01_archiv/20_140331/140513.pdf).

69 Vgl. Gemeinsame Entschließung der Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Präsidentinnen und Präsidenten der Obergerichte/Verwaltungsgerichtshöfe der Länder zur sachgerechten Ermittlung des Personalbedarfs von September 2010, [https://www.verwaltungsgerichtsbarkeit.de/presse/presse/01\\_archiv/17\\_201009/index.php](https://www.verwaltungsgerichtsbarkeit.de/presse/presse/01_archiv/17_201009/index.php).

der erhöhten Komplexität von Großverfahren – umweltrechtlicher, aber auch anderer – ist NRW ebenfalls betroffen.

Besondere Belastungen verursacht zudem immer wieder der sprunghafte Anstieg von Verfahren aus unterschiedlichen politischen oder gesellschaftlichen Gründen in einzelnen Sachbereichen, nicht nur im Asylrecht, sondern etwa auch im Ausländer-, Hochschulzulassungs-, Seuchen-, Datenschutz- oder Wirtschaftsverwaltungsrecht. Diese Gründe bleiben gleichfalls bei der pauschalen Personalbedarfsermittlung unberücksichtigt. Wenn sich derartige Entwicklungen nicht vermeiden lassen, sollte die Ausstattung der Verwaltungsgerichte, wie die Erfahrungen aus Rheinland-Pfalz zeigen, ihnen jedenfalls dann frühzeitig Rechnung tragen, wenn sie wegen einer zu hohen Grenzbelastung der Richterschaft absehbar dauerhaft dazu führen, dass die Erledigungszahlen geringer sind als die Zahlen der neu eingehenden Verfahren. Bleiben entsprechende Reaktionen aus oder werden sie zu früh wieder beendet, stehen der zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes anzustrebenden und rechtspolitisch wünschenswerten Verfahrensbeschleunigung im Ergebnis unzureichende Rahmenbedingungen entgegen.

In den letzten Jahren krankten Reformen des Prozessrechts besonders daran, dass ihnen keine – realitätsgerechte – Untersuchung (oder Wahrnehmung) des Ist-Zustands zugrunde lag, sondern lediglich die regelmäßig unbesetzte Annahme eines Defizits durch die Entwurfsverfasser.<sup>70</sup> Unter anderem die oben angeführten Forschungsergebnisse blieben von der Politik unbeachtet. Danach liegen die wesentlichen Ursachen für im politischen Raum insbesondere bezogen auf die Verfahrenslaufzeiten angenommene Defizite und wirksame Lösungsansätze nicht in erster Linie im Prozessrecht: So war in den 1990er-Jahren ungeachtet aller verfahrensrechtlich genutzten Beschleunigungspotenziale letztlich ein zu geringer Personalschlüssel maßgeblich für zu lange Verfahrensdauern, was sich durch signifikant bessere Erfahrungen mit einem angemessenen und ausreichend lange aufrechterhaltenen Personalschlüssel etwa in Rheinland-Pfalz belegen ließ. Auch waren die Erfahrungen derjenigen Anwälte und Behörden, die regelmäßig vor Verwaltungsgerichten auftraten, mit deren Arbeit trotz noch vergleichsweise langer Verfahrensdauern in NRW durchaus positiv. Dies sowie die ebenfalls festgestellte überdurchschnittliche Erledigungsleistung gerade in besonders stark belasteten Ländern wie NRW war nicht geeignet, das in der Vergangenheit gelegentlich bemühte Zerrbild des langsam arbeitenden und bisweilen umständlichen Verwaltungsrichters zu bestätigen, das Anlass für die repräsentativen Befragungen geboten hatte. Werden derartige belastbare Forschungsergebnisse nicht aufgegriffen, wird die gerichtliche Praxis zu anstehenden Reformen im Gesetzgebungsverfahren nicht oder – was immer häufiger vorkommt – nicht rechtzeitig beteiligt und wird deren Sachkunde nicht ausreichend berücksichtigt, führt dies dazu, dass Gesetze postulierte Beschleunigungsziele von vornherein nicht erreichen können oder solche Ziele sogar konterkariert werden.<sup>71</sup> Dabei fehlt es zu oft nicht nur an der sorgfältigen Ermittlung vermeintlicher Defizite und realistischer Beschleunigungspotenziale des Prozessrechts unter Beteiligung aller maßgeblichen Akteure im Vorfeld von Prozessrechtsreformen, sondern ebenso an einer nachfolgenden von der Gesetzgebung aufgegriffenen Analyse der Auswirkungen entsprechender Gesetzesänderungen in der gerichtlichen Praxis.<sup>72</sup> An deren Stelle traten und treten allenfalls verkürzte oberflächliche Betrachtungen von Kosten und Nutzen.<sup>73</sup> Die rechtsstaatlichen Kosten von auf Beschleunigung abzielenden Prozessrechtsreformen, ihre Folgen für die – als zu selbstverständlich vorausgesetzte – Fähigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ihre Funktionen effektiv zu erfüllen, werden aufseiten des Gesetzgebers nicht offen genug thematisiert. Welche Funktionen – über das verfassungsrechtliche Minimum hinaus – der Verwaltungsgerichtsbarkeit zukommen

sollen, wird nach dem Verblässen von Unrechtserfahrungen in nicht rechtsstaatlichen Systemen der Vergangenheit nur noch selten diskutiert. Die bisherige Beschleunigungsgesetzgebung wirft jedoch nicht nur die Frage auf, ob unter ihrer Geltung die Richtigkeit verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen noch ausreichend gewährleistet ist, sondern auch, ob Entscheidungsfindung und Vermittlung der Entscheidung in einer Art und Weise erfolgen können, die weiterhin auf Akzeptanz bei den Beteiligten – Bürgern und Verwaltung (und ihren Prozessbevollmächtigten) – stößt und Rechtsfrieden gewährleistet, und ob die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung insbesondere in höheren Instanzen insgesamt noch Rechtseinheitlichkeit und Rechtssicherheit schaffen kann. Insofern bedarf es gerade angesichts zunehmend umfangreicherer gesetzlicher Regelungen komplexer werdender Lebensbereiche keiner einseitigen Fokussierung auf Verfahrensbeschleunigung unabhängig davon, was ein Verwaltungsrichter belastbar zu leisten vermag. Neben der Entlastung in unproblematischen Fallgestaltungen ist stattdessen zur professionellen Bewältigung hoher Komplexität eine Rückbesinnung auf die rechtsstaatliche Bedeutung der grundsätzlich bewährten und fortbestehenden Instrumente wie des Spruchkörperprinzips und des grundsätzlich dreizügigen Instanzenzugs geboten, die auch heute noch den Rahmen für eine sinnvoll und effektiv eingesetzte Fehlerkultur setzen können,<sup>74</sup> die Grundlage einer verlässlichen rechtsstaatlichen Rechtsprechung ist.

## 2. Aktuelle Beispiele

Die im Folgenden beispielhaft angeführten rechtspolitischen Vorhaben der letzten Jahre lassen nicht erkennen, dass die oben dargestellten Funktionsbedingungen für einen wirksamen effektiven Rechtsschutz gerade in komplizierten Streitsachen bei ihrer Erarbeitung im politischen Raum ausreichend wahrgenommen worden sind. Stattdessen sind sie Ausdruck höherer Erwartungen an kürzere Verfahrenslaufzeiten, gelegentlich sogar verbunden mit der unrealistischen und bereits belastbar widerlegten Vorstellung, diese ließen sich ohne Einbußen für den effektiven Rechtsschutz durch eine einfache Änderung des Prozessrechts erreichen, ohne die materiell-rechtliche Komplexität zu reduzieren oder zumindest für eine funktionsadäquate Ausstattung der Gerichte insbesondere mit ausreichend Planrichtern zu sorgen.

### a) Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich

Den Weg, über eine Änderung des Prozessrechts eine schnellere Abarbeitung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren erreichen

70 Vgl. *Redeker* (Fn. 37), NVwZ 1996, 521, 526, im Zusammenhang mit dem 6. VwGO-ÄndG: „Eine Novellierung sollte von dem ausgehen, was ist, nicht von dem, was sich Ministerialbeamte als Wirklichkeit vorstellen und in politischen Aktionismus umzusetzen haben.“

71 Siehe schon *Schenke* (Fn. 37), NJW 1997, 81, 81. Berichtsfristen im Rahmen der Beteiligung der gerichtlichen Praxis insbesondere zu Gesetzgebungsvorhaben des Bundes sind zunehmend äußerst kurz. Für eine Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern und für Heimat eines Gesetzes zur Beschleunigung der Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren (Gesetz v. 21.12.2022, BGBl. I S. 2817) konnte dem OVG NRW bspw. lediglich eine Frist von weniger als einer Woche eingeräumt werden.

72 Vgl. schon *Stelkens* (Fn. 22), NVwZ 1995, 325, 326 ff., aus Anlass des 6. VwGO-ÄndG. Hieran hat sich seitdem nichts Wesentliches geändert.

73 Vgl. ebenfalls aus Anlass des 6. VwGO-ÄndG *Schenke* (Fn. 37), NJW 1997, 81.

74 Die Bedeutung einer überzeugend gelebten Fehlerkultur auch für andere Bereiche, in denen hohe Verantwortung getragen wird, etwa in der Politik oder der Luftfahrt, ist kürzlich neu in das öffentliche Bewusstsein getreten, siehe hierzu etwa BGH-Präsidentin fordert bessere Fehlerkultur, FAZ v. 06.06.2018, S. 1; Die Anwälte gehen mit sich selbst ins Gericht, FAZ v. 07.06.2018, S. 20; *Bubrowski*, Unfehlbar. Politiker denken immer noch, sie dürften keine Schwäche zeigen. Das muss sich dringend ändern. Ein Plädoyer für eine neue Fehlerkultur, FAS v. 16.04.2023, S. 4; *Bös/Lockhart*, Pilotin im Interview. Mehr Stress, mehr Fehler, FAS v. 31.12.2023.

zu wollen, hat der Gesetzgeber kürzlich erneut mit dem Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich vom 14.03.2023<sup>75</sup> beschritten. Mit der Schaffung eines „Sonderprozessrechts“ insbesondere für Verfahren nach § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 15 VwGO wurde den eigentlichen Ursachen für die als unbefriedigend lang gewerteten Laufzeiten dieser Verfahren – die tatsächliche und rechtliche Komplexität der Sache und der damit, aber auch mit den dahinterstehenden wirtschaftlichen Interessen zusammenhängende umfangreiche Vortrag der Beteiligten – nicht begegnet. Vielmehr wurde mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung suggeriert, eine Verkürzung der Laufzeiten könne, ohne die Effektivität des Rechtsschutzes zu beeinträchtigen, ohne zusätzliche Haushaltsmittel für Personal allein durch eine vorrangige und beschleunigte Bearbeitung dieser Verfahren durch spezialisierte Spruchkörper erreicht werden.<sup>76</sup> Bemerkenswert ist, dass der Gesetzentwurf konkrete rechtspolitische Vorschläge aus einem für den Nationalen Kontrollrat erstellten Gutachten aufgriff,<sup>77</sup> die die gerichtliche Praxis bereits als unzulänglich abgelehnt und die Politik daraufhin zunächst verworfen hatte. Mit dem neuen § 80 c VwGO hat der Gesetzgeber eine weitere prozessrechtliche Vorschrift aller Voraussicht nach ohne signifikante Beschleunigungseffekte geschaffen, die zur Folge hat, dass Rechtsfehler, die der Verwaltung unterlaufen sind, vor Gericht folgenlos bleiben (können). Darauf, dass derartige „Reparaturvorschriften“ zugunsten der Verwaltung das Vertrauen in die Rechtsprechung durch neutrale Gerichte gefährden können, ist früh und wiederholt hingewiesen worden;<sup>78</sup> der Gesetzentwurf sieht auch insoweit lediglich (vermeintliches) Beschleunigungspotenzial, ohne rechtsstaatliche Kosten zu erwägen. Ein fehlendes Verständnis von den Besonderheiten von Großverfahren offenbarte § 87 c Abs. 2 VwGO in der Fassung des Gesetzentwurfs, wonach im Anwendungsbereich des „Sonderprozessrechts“ spätestens zwei Monate nach Eingang der Klageerwidderung ein Erörterungstermin mit dem Ziel der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits geladen werden sollte. Die Annahme, das Gericht könne in Verfahren nach § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 15 VwGO im Regelfall bereits kurz nach Eingang der Klageerwidderung so in den Streitstoff eingearbeitet sein, dass es den Beteiligten die entscheidungserheblichen Fragen mitteilen und Vorschläge für eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits unterbreiten könne,<sup>79</sup> ging dabei an der Realität vorbei. Die Chancen, dass Großverfahren, denen ein oft mehrere Jahre dauerndes Verwaltungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung vorangegangen ist, in einem früheren Verfahrensstadium unstreitig erledigt werden können, schätzte der Gesetzgeber grundlegend falsch ein. Zugleich schien es an Vertrauen in die Fähigkeit und Bereitschaft der Obergerichtspräsidenten zu mangeln, (auch) solche Verfahren unter Ausnutzung der bereits zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten in einer – ausgehend von den vorhandenen Ressourcen – angemessenen Zeit zu einem Abschluss zu bringen. Glücklicherweise wurde die Regelung im neuen § 87 c Abs. 2 VwGO im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf den letzten Metern angesichts deutlicher Kritik<sup>80</sup> etwas entschärft. Eigentlich beabsichtigte Beschleunigungseffekte werden mit der Neuregelung jedoch absehbar nicht erzielt werden. Insgesamt ausgeblendet wurde, dass die vom Gesetzgeber gewollte Priorisierung der Verfahren nach § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 15 VwGO (vgl. § 87 c Abs. 1 VwGO) ohne personelle Stärkung der Gerichte dazu führen muss, dass andere Verfahren nicht unerheblich länger dauern als bisher. Je mehr umfangreiche Verfahren priorisiert werden, desto länger geraten bei unverändertem Personalbestand notwendigerweise die Laufzeiten der anderen Verfahren. Indem der Gesetzgeber die erstinstanzliche Zuständigkeit für Verfahren betreffend die Einrichtung, den Betrieb und die Änderung von Anlagen zur Nutzung von Windenergie an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als

50 Metern (vgl. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a VwGO) im Dezember 2020<sup>81</sup> den Obergerichtspräsidenten zugewiesen hat, sind es jetzt jedenfalls nicht mehr nur (zahlenmäßig vergleichsweise) wenige Verfahren, für die das „Sonderprozessrecht“ Anwendung findet, die bei gleichbleibendem Personalbestand möglicherweise noch ohne grundlegend kritische Auswirkungen auf die Laufzeit anderer Verfahren vorgezogen werden könnten.<sup>82</sup> Sich solche Auswirkungen auf andere Verfahren schlicht nicht zu wünschen – „die Priorisierung von Verfahren [nach § 87 c VwGO] dürfe selbstverständlich nicht zu unzumutbaren Beeinträchtigungen anderer Verfahren führen“<sup>83</sup> –, verhindert nicht, dass solche Folgen eintreten.

#### b) Beschleunigung asylrechtlicher Verwaltungsgerichtsverfahren

Ein aktuelleres prominentes Beispiel dafür, politische Zielvorgaben zu formulieren, ohne sich zu fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen diese in der Realität eingehalten werden können, ist der im Rahmen der Besprechung des Bundeskanzlers mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 06.11.2023 gefasste und am 06.03.2024 bekräftigte Beschluss, das behördliche Asylverfahren für Angehörige von Staaten, für die die Anerkennungsquote weniger als 5 % betrage, solle ebenso wie das anschließende Gerichtsverfahren in drei Monaten abgeschlossen werden; in allen anderen Fällen sollten die behördlichen sowie erstinstanzlichen Asylverfahren regelhaft nach sechs Monaten beendet sein.<sup>84</sup> Wenn es dort weiter heißt, Bund und Länder würden dafür auch die personellen Voraussetzungen schaffen, bleibt dies in Bezug auf NRW angesichts der derzeitigen Haushaltsplanung zunächst noch eine kaum belastbare Erwartung. Unter Bezugnahme auf das Ziel, asylgerichtliche Verfahren zu beschleunigen, sind vonseiten der Länder bereits

75 BGBl. I Nr. 71.

76 Vgl. BT-Drs. 20/5165, S. 2, 13. Der Bundestag hat den Gesetzentwurf in einer von dem Rechtsausschuss vorgeschlagenen geänderten Fassung (BT-Drs. 20/5570), die den im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Bedenken gegen die geplanten Vorschriften teilweise Rechnung getragen hat, angenommen.

77 Siehe Ewer, Möglichkeiten zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren über Vorhaben zur Errichtung von Infrastruktureinrichtungen und Industrieanlagen. Gutachten für den Nationalen Normenkontrollrat v. 01.04.2019, [https://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/DE/veroeffentlichungen/gutachten/\\_documents/moeglichkeiten-zur-beschleunigung.html](https://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/DE/veroeffentlichungen/gutachten/_documents/moeglichkeiten-zur-beschleunigung.html).

78 Siehe bereits Stelkens (Fn. 22), DVBl. 1995, 1105, 1108; Schenke (Fn. 37), NJW 1997, 81, 86 f. Vgl. jetzt Breuer, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsgewalten, NVwZ 2023, 1273, 1281: „gerichtlich assistierte Fehlerfolgenabwendung“.

79 Siehe BT-Drs. 20/5165, S. 18 f.

80 Siehe insbesondere die Stellungnahme von Bick für die Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestages, <https://www.bundes-tag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw04-pa-recht-infrastruktur-927664>, und die Gemeinsame Erklärung der Präsidentinnen und Präsidenten der Verwaltungsgerichtshöfe und Obergerichtspräsidenten der Länder und des Bundesverwaltungsgerichts v. 23.09.2022, <https://www.verwaltungsgerichtsbarkeit.de/presse/presse/index.php>.

81 Eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu der Regelung zur Verlagerung der erstinstanzlichen Zuständigkeit für Verfahren betreffend die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Anlagen zur Nutzung von Windenergie an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern auf die Obergerichtspräsidenten in dem Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Investitionen v. 13.08.2020 (BR-Drs. 456/20) war dem OVG NRW seinerzeit im Übrigen nicht eingeräumt worden.

82 Siehe auch Breuer (Fn. 78), NVwZ 2023, 1273, 1281.

83 Vgl. BT-Drs. 20/5570, S.16.

84 Siehe den Beschluss zu TOP 6 „Flüchtlingspolitik – Humanität und Ordnung“, Punkt 4. „Beschleunigte Asylverfahren“, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/pressemitteilungen/besprechung-des-bundeskanzlers-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-6-november-2023-in-berlin-2235222>, sowie Beschluss zu TOP 1 „Humanitäre und geordnete Migration und Integration“, Punkt 4. „Beschleunigung Asylverfahren“, <https://hessen.de/handeln/mpk/mpk-und-gespraech-mit-dem-bundeskanzler>.

Vorschläge für erneute Änderungen des Asylprozessrechts unterbreitet worden, darunter etwa die Einführung des originären Einzelrichters bei gleichzeitiger Pflicht zur Übertragung des Rechtsstreits auf die Kammer unter bestimmten Voraussetzungen.<sup>85</sup> Einer solchen weiteren Schwächung des Kammerprinzips ist bereits in der Vergangenheit mehrfach mit guten Gründen entgegengetreten worden.<sup>86</sup> Wesentliche Beschleunigungseffekte sind hiervon nicht zu erwarten. Eine gesetzliche Festschreibung von Zielvorgaben für die Dauer (bestimmter) asylgerichtlicher Verfahren, wie sie ebenfalls vorgeschlagen worden ist,<sup>87</sup> und eine damit vorgegebene Priorisierung solcher Verfahren führte bei gleichbleibender Personalausstattung im Übrigen zwangsläufig zu unter dem Aspekt der Gewährung effektiven Rechtsschutzes rechtfertigungsbedürftigen längeren Laufzeiten in den klassischen Verfahren. Von der erweiterten Möglichkeit der Zulassung der Berufung in Asylverfahren durch die Verwaltungsgerichte ohne Berücksichtigung des hieraus folgenden Personalbedarfs an den Berufungsgerichten signifikantes Beschleunigungspotenzial zu erwarten, nachdem die Rechtsmittel jahrelang zur Verfahrensbeschleunigung verkürzt worden sind, erhöht nicht die Überzeugungskraft solcher für Prozessrechtsnovellen angeführten Begründungen, in denen vor allem politische Erwartungen adressiert werden.<sup>88</sup>

c) Gesetz zur Förderung des Einsatzes der Videokonferenztechnik  
Auf keiner belastbaren wissenschaftlichen Grundlage beruht<sup>89</sup> und Beschleunigungszielen zuwiderläuft das – derzeit noch im Vermittlungsverfahren befindliche – Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten.<sup>90</sup> Das Gesetzesvorhaben erfasst insbesondere die Bedeutung mündlicher Verhandlungen in Präsenz für die Herstellung von Akzeptanz (verwaltungs-)gerichtlicher Entscheidungen nicht ausreichend.<sup>91</sup> Dessen Realisierung lässt überdies neuen sachlich nicht gerechtfertigten Aufwand schon bei der Terminvorbereitung für die Gerichte befürchten. Es unterstellt einen grundlegenden Bedarf, die verfahrensrechtlichen Grundlagen für den Einsatz von Videokonferenztechnik, die für das verwaltungsgerichtliche Verfahren bisher sachgerecht und unkompliziert in § 102 a VwGO geregelt sind, anzupassen, ohne dass ein solcher nach den Erfahrungen der verwaltungsgerichtlichen Praxis überhaupt besteht. Insbesondere dient es nicht der Verfahrensbeschleunigung, das Gericht, wenn es eine Videoverhandlung nicht für geeignet hält, auf den bloßen Antrag eines Beteiligten, per Bild- und Tonübertragung an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen, mit dem Erlass eines begründeten Ablehnungsbeschlusses, ggf. erst kurz vor der mündlichen Verhandlung, zusätzlich zu belasten (vgl. den geplanten, über § 173 Satz 1 VwGO anwendbaren § 128 a Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO). In dem durch den Untersuchungsgrundsatz geprägten verwaltungsgerichtlichen Verfahren muss es Sache des Gerichts bleiben, über die Art und Weise der richterlichen Überzeugungsbildung zu entscheiden.

#### IV. Pakt für den Rechtsstaat

Besonders kontraindiziert sind solche in immer engerer Folge angestoßenen – Beschleunigungserfolge versprechenden, dieses Versprechen aber nicht einlösenden – Gesetzgebungsinitiativen angesichts des erkanntermaßen geschwundenen Vertrauens in den Rechtsstaat. Hierauf haben Bund und Länder erst vor wenigen Jahren im Januar 2019 mit ihrem „Pakt für den Rechtsstaat“ reagiert, dessen besondere Bedeutung für die demokratische Gesellschaft sie darin unterstrichen haben.<sup>92</sup> Sie haben hervorgehoben, dass Justiz und Polizei eine maßgebliche Rolle für den Erhalt des Rechtsstaats zukommt. Auf die gewachsenen Herausforderungen der jüngeren Vergangenheit hätten sie bereits mit

verschiedenen Maßnahmen, insbesondere einer besseren Personalausstattung, reagiert, damit Justiz und Polizei ihre Aufgaben noch effektiver erfüllen könnten sowie um den Rechtsstaat nachhaltig und auf Dauer zu stärken. In der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit war diese „dauerhafte“ Stärkung in Reaktion auf die stark steigenden Asylverfahren seit 2015 insbesondere durch Schaffung von etwas mehr als 80 Richterstellen für die Verwaltungsgerichte erfolgt, die nach dem Haushaltsplan für das Jahr 2019 ganz überwiegend bis 2021 wieder wegfallen sollten. Tatsächlich sind erst 2022 nur etwa 25 Stellen eingespart worden. Im aktuellen Haushaltsplan ist vorgesehen, bis Ende 2025 den größten Teil (mehr als 40 Stellen) und bis Ende 2026 den Rest der verbliebenen seit 2015 vorübergehend geschaffenen Stellen wieder wegfallen zu lassen. Von der groß angekündigten nachhaltigen Stärkung der Justiz wäre in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach nur sechs Jahren praktisch nichts mehr übrig, wenn die Stellen nicht bedarfsgerecht erneut verlängert würden. Dabei sind die Anhangszahlen und Verfahrenslaufzeiten noch weit über der Ausgangslage im Jahr 2014 geblieben und werden insbesondere in Asylsachen noch kürzere Verfahrenslaufzeiten politisch erwartet, als seinerzeit erreicht worden sind. Als 2019 auf höchster politischer Ebene nennenswerter Handlungsbedarf zum „Erhalt“ des Rechtsstaats artikuliert worden war, zu dem maßgeblich eine effektiver arbeitende Justiz und Polizei beitragen sollten, war offenbar noch erkannt worden, dass es um den Rechtsstaat

85 Siehe den Antrag des Landes Mecklenburg-Vorpommern, BR-Drs. 648/23, S. 2. Der Bundesrat ist dem Antrag nicht gefolgt, vgl. BR-Drs. 648/23 (Beschluss).

86 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz), BR-Drs. 921/01 (Beschluss), S. 59 (das Zuwanderungsgesetz v. 20.06.2002 wurde später vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt, BGBI. I 2003 S. 126); siehe auch BT-Drs. 15/955 (Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses zu dem in der 15. Wahlperiode erneut eingebrachten Entwurf eines Zuwanderungsgesetzes), S. 36 f.; vgl. zudem BT-Drs. 12/3832 (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege und dem darin enthaltenen Vorschlag für eine Änderung des § 6 VwGO), S. 39 und 46.

87 Siehe den Antrag des Freistaates Bayern für die Einbringung eines Entwurfs eines Gesetzes zur weiteren Beschleunigung der Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren, BR-Drs. 29/24, S. 2. Der Rechtsausschuss des Bundesrates hat dem Bundesrat empfohlen, den Gesetzentwurf nicht einzubringen, vgl. BR-Drs. 29/1/24.

88 Vgl. den Antrag des Landes Niedersachsen für die Einbringung eines Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes zur Verfahrensbeschleunigung durch die erweiterte Möglichkeit der Zulassung von Rechtsmitteln und der Übertragung von Verfahren auf den Einzelrichter, BR-Drs. 173/24, S. 3. Der Bundesrat hat beschlossen, den Antrag beim Bundestag einzubringen, vgl. BR-Drs. 173/24 (Beschluss).

89 Vgl. *Kilian*, Videoverhandlungen – die Reform des § 128 a ZPO, RD 2023, 577, 579 ff.; siehe auch *Greger*, Möglichkeiten und Grenzen der Videokommunikation im zivil-, familien- und arbeitsgerichtlichen Verfahren, MDR 2020, 957, 958; *Held-Daab*, Videoverhandlung und -vernehmung im Verwaltungsprozess, DVBl. 2021, 775, 780 f.; *Sommerer*, Virtuelle Unmittelbarkeit? Videokonferenz im Strafverfahren während und jenseits einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, ZStW 2021, 403, insbesondere unter IV. 1. c) und d).

90 Siehe den Referentenentwurf unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2022\\_Videokonferenztechnik.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2022_Videokonferenztechnik.html). Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 17.11.2023 den Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 20/8095) in der Ausschussfassung (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 20/9354) angenommen. Der Bundesrat hat den Vermittlungsausschuss angerufen (siehe BR-Drs. 604/23 (Beschluss)).

91 Siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/8095, S. 85, 90.

92 Vgl. Gemeinsamer Bericht von Bund und Ländern über die Umsetzung der vereinbarten Maßnahmen des MPK- Beschlusses v. 31.01.2019 zum Pakt für den Rechtsstaat, [https://www.rosenburg.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2021/0610\\_Rechtsstaat.html](https://www.rosenburg.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2021/0610_Rechtsstaat.html).

nicht zum Besten stand. Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts hat dies bereits 2018 hervorgehoben. Aus Sicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat er dabei unter anderem hingewiesen auf die mittlerweile lückenhaft gewordenen Rechtsschutzmöglichkeiten, die unsystematisch zersplitterten Rechtswegen und die bereichsweise so verkürzten Rechtsmittelzüge, dass eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung praktisch ausgeschlossen sei. Dies sei besonders bedenklich, wenn ein Einzelrichter ohne jede objektivierende Einbindung unanfechtbar entscheide.<sup>93</sup> Derart prominente Stimmen, die aus langjähriger Erfahrung sprechen, verhalten, so scheint es, in der aktuellen politischen Debatte ebenso ungehört wie die Ergebnisse von Umfragen etwa der Körber-Stiftung<sup>94</sup> oder des Deutschen Beamtenbundes<sup>95</sup>, wonach das Vertrauen in den Staat stark abgenommen hat. Angesichts dieses Befundes muss die Politik die rechtsstaatlichen Institutionen, zu denen in besonderer Weise die Verwaltungsgerichtsbarkeit gehört, durch Maßnahmen stärken, die geeignet sind, verlorenes Vertrauen wieder zurückzugewinnen. Sie muss aufhören, Erwartungen zu wecken, wenn sie nicht bereit oder in der Lage ist, für eine realistische Umsetzung zu sorgen.<sup>96</sup> Die im Pakt für den Rechtsstaat vereinbarte nachhaltige und dauerhafte Stärkung der Justiz erfordert mindestens, dass die verbliebenen Richterstellen erst dann gestrichen werden, wenn deutlich niedrigere Anhangszahlen und angemessene Verfahrenslaufzeiten erreicht sind. Aktuell kann davon jedenfalls für NRW nicht gesprochen werden. Während zahlreiche Beschleunigungsnovellen rechtsstaatliche Standards weitestgehend zurückgeführt haben, liegt die Lösung erkennbar nicht darin, weiter Beschleunigung zu beschließen, ohne die Bedingungen zu ändern, die für unerwünscht lange Laufzeiten tatsächlich ursächlich sind.

## V. Ausblick

Zwar wird heute nicht mehr grundsätzlich darüber diskutiert, ob die Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten eine eigenständige verwaltungserfahrene Gerichtsbarkeit erfordert. Dennoch ist die rechtspolitische Diskussion aus den Anfangsjahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit in subtilerer Form bis heute erhalten geblieben: Auch wenn die Verwaltungsgerichtsbarkeit von Verfahrensbeteiligten vielfach wegen ihres hohen Qualitätsanspruchs geschätzt wird, wird sie seit jeher wegen der von ihr nur begrenzt zu beeinflussenden Dauer ihrer Verfahren kritisiert und regelmäßig mit politischen Vorstößen konfrontiert, Instanzenzüge sollten weiter verkürzt und noch mehr Verfahren dem Einzelrichter übertragen werden. Eine vorübergehend „übermäßige“ Personalausstattung zum Abbau von Altverfahren, ist bisher viel zu selten ernsthaft politisch diskutiert worden, obwohl dadurch mit vergleichsweise geringem Aufwand eine effektive Verfahrensbeschleunigung sogar dauerhaft zu erwarten ist. Der Erhalt des Rechtsstaats ist es wert, dass derartige Überlegungen an die Stelle verzichtbarer und unnötiger Arbeitskraft kostender Diskussionen um immer dieselben schon lange aus guten Gründen verworfenen vermeintlichen Beschleunigungsmaßnahmen treten.

Da die Verwaltungsgerichte nur einen „Schlussstein“ im Gewölbe des Rechtsstaats bilden, sind neben ihrer angemessenen Personal- und Sachausstattung auch andere zentrale Rahmenbedingungen für das Funktionieren wichtig. Das Missverhältnis zwischen der Unübersichtlichkeit immer neuer und umfangreicherer Regelungen, die unabhängig davon geschaffen werden, ob sie von Verwaltung und Rechtsprechung noch umgesetzt werden können, und dem politischen Druck, Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, ist hierfür nicht förderlich. Der Gesetz- oder Verordnungsgeber sollte die wesentlichen rechtlichen Vorgaben in verständlicher und übersichtlicher Weise im Ein-

klang mit höherrangigem Recht bestimmen. Bekannte rechtliche Grenzen sollten weder durch den Gesetzgeber noch durch die Verwaltung systematisch ausgelotet werden. Sowohl durch unkonturierte rechtliche Vorgaben als auch durch ein Austreten rechtlicher (auch verfassungs- oder unionsrechtlicher) Grenzen werden die Gerichte genötigt, anhand der zu entscheidenden Fälle zur Beseitigung von Rechtsunsicherheiten ihren Argumentationsaufwand zu erhöhen und zunehmend selbst handhabbare richterrechtliche Maßstäbe für die Rechtsanwendung im Einzelfall zu entwickeln. Selbst wenn hierdurch eine Befriedung gelingt, gerät dabei die Balance zwischen den Gewalten in Gefahr. Auch der von der Bundesregierung zu Recht angestrebte Bürokratieabbau<sup>97</sup> kann nicht gelingen, solange der Erfolg der Politik an der Zahl neuer Gesetze gemessen wird, nicht an ihrer Qualität. Letzterer dient es nicht, wenn etwa die erforderliche Zeit zur Verbändebeteiligung nicht mehr aufgewendet wird oder gewichtige Einwände von Sachverständigen nicht hinreichend aufgegriffen werden. Erforderlich sind sorgfältig erarbeitete und praxistaugliche Gesetze, die die gebotene Steuerungskraft haben, ohne sich in unübersichtlichem Detailreichtum zu verlieren und so die Chance erlangen, nicht nur allgemein bekannt, sondern auch akzeptiert zu werden. Im Bereich der Rechtsanwendung in Verwaltung und Rechtsprechung müssen die Ressourcen für qualitativ hochwertige und angemessen schnelle Entscheidungen geschaffen werden. Verfahrensrechtliche Korrekturen bei den Gerichten wie das Spruchkörperprinzip und der Instanzenzug dürfen vom Gesetzgeber jedenfalls nicht weiter abgebaut werden. Sie müssen aber auch in der Praxis sachgerecht und effizient genutzt werden. Der Erfolg des Einsatzes der Gerichte für den Rechtsstaat bemisst sich nicht nach der bloßen Zahl ihrer Entscheidungen, sondern daran, ob sie ihre Entscheidungen methodisch korrekt am geltenden Recht ausrichten und mit Überzeugungskraft vermitteln. Dies gelingt in komplizierten Fällen dem Spruchkörper meist besser als dem Einzelrichter, selbst wenn bei der Richtereinstellung eine hochwertige juristische Ausbildung vorausgesetzt wird. Auch das Wissen um die Existenz einer höheren Instanz und die Beachtung höchstrichterlicher Rechtsprechung tragen trotz der strukturellen Uneinheitlichkeit von Rechtsprechung zu mehr Rechtssicherheit bei. Eine angemessene Fehlerkultur muss gelebt werden. Konkrete Orientierung bieten die Ergebnisse der vor einigen Jahren geführten Qualitätsdiskussion. Vertrauen lässt sich nicht nur durch Schnelligkeit, sondern vor allem durch Verlässlichkeit in angemessener Zeit erhalten und – wo nötig – wieder zurückgewinnen.

<sup>93</sup> Vgl. *Rennert* (Fn. 67), S. 2, 6 f.

<sup>94</sup> Vgl. die Ergebnisse der von policy matters im Auftrag der Körber-Stiftung durchgeführten repräsentativen Umfrage „Demokratie in der Krise 2023“, <https://koerber-stiftung.de/projekte/staerking-der-demokratie/vertrauensverlust-in-die-demokratie/>.

<sup>95</sup> Vgl. dbb Bürgerbefragung Öffentlicher Dienst 2023, [https://www.dbb.de/fileadmin/user\\_upload/globale\\_elemente/pdfs/2023/forsa\\_2023.pdf](https://www.dbb.de/fileadmin/user_upload/globale_elemente/pdfs/2023/forsa_2023.pdf).

<sup>96</sup> Vgl. hierzu den Appell von *Reul*, Politiker, traut euch, zu sagen, was ist!, FAZ v. 06.03.2024, S. 8: „Was es braucht, ist eine Politik aus Ehrlichkeit, Pragmatismus und realistischen Versprechen.“

<sup>97</sup> Vgl. zum Thema Bürokratieabbau etwa das Interview mit *Cancik*, Das vage Versprechen Bürokratieabbau, ZRP 2024, 30 ff.; *Jann*, Bürokratieabbau: Und ewig grüßt das Murmeltier. Für mehr Ehrlichkeit in der Bürokratiendebatte, ZRP 2023, 247 ff.; siehe in diesem Zusammenhang auch *Bogumil/Voßkuhle*, Wie Bürokratieabbau wirklich gelingt, FAZ v. 08.02.2023, S. 6.

## Art. 28 Abs. 2 GG im Spiegel der Verwaltungsrechtsprechung

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin/Universität Osnabrück

*In der Vergangenheit ist es immer wieder vorgekommen, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Erstinterpret grundlegender Fragen der Auslegung der Garantie kommunaler Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2, 78 LV NW gefordert war. Das trifft gegenwärtig insbesondere für Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG mit Auswirkungen auf Art. 79 S. 2 LV NW zu.*

### I. Rastede

Zu erinnern ist dabei insbesondere an die Streitigkeiten in den 1970er-/1980er-Jahren zur Hochzonung kommunaler Aufgaben, die untrennbar mit dem Namen des früheren oldenburgischen Residenzortes Rastede im Landkreis Ammerland verbunden sind. Seinerzeit ging es um die Aufgabenabgrenzung zwischen kreisangehörigen Gemeinden und ihrem Landkreis am Beispiel der Abfallwirtschaft.

Zunächst entschied das OVG Lüneburg mit Urteil vom 08.03.1979<sup>1</sup>, dass sich die Gemeinden auf die Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auch im Verhältnis zum Landkreis berufen könnten. Die Vorschrift normiere den Grundsatz der Allzuständigkeit, der eine Zuständigkeitsvermutung für die Gemeinden und zugleich ein Subsidiaritätsprinzip zu ihren Gunsten begründe.

Das BVerwG setzte in seinem Urteil vom 04.08.1983<sup>2</sup> andere Akzente, indem es zunächst herausstellte, dass die „Örtlichkeit“ als kompetenzbegründendes und -wahrendes Merkmal hinsichtlich einzelner Aufgaben potenziell Veränderungen unterliege. Zwar gelte Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich auch gegenüber Regelungen zugunsten der Kreise, jedoch sei zu beachten, dass das Verhältnis zwischen Gemeinden und Kreisen ohne eine Priorität der Gemeinden auf Ausgleich und Ergänzung angelegt sei. Auch den Kreisen sei das Recht der Selbstverwaltung bezogen auf die Angelegenheiten der übergemeindlichen Gemeinschaft bundesverfassungsrechtlich eingeräumt. Im Vergleich zueinander seien Gemeinden und Kreise nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips geschützt. Darüber hinaus sei der Gesetzgeber an keinen Subsidiaritätsgrundsatz zugunsten der Gemeinden gebunden.

Mit Beschluss vom 23.11.1988 entschied das BVerfG<sup>3</sup> mit weitreichenden Auswirkungen bis heute bekanntlich anders. Die Festlegung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses in Art. 28 Abs. 2 GG sei Ausdruck eines auch materiell verstandenen Prinzips dezentraler Aufgabenansiedlung. Wörtlich heißt es sodann:

„Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG enthält ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden, das der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu berücksichtigen hat. Dieses Aufgabenverteilungsprinzip gilt zugunsten kreisangehöriger Gemeinden auch gegenüber den Kreisen...“

Das Grundgesetz hat damit (= mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG) auf die gegebene Tatsache reagiert, dass die Landkreise kraft Landesrechts vielfach Zuständigkeiten innehaben, die sich einer Allzuständigkeit annähern, es hat nicht darüber hinaus angeordnet, dass sie Allzuständigkeit auch haben sollen.“

Dass die landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien in den Verfassungen der Länder Nordrhein-Westfalen, Brandenburg und Sachsen-Anhalt sprachlich anders gefasst sind und ein materielles Aufgabenverteilungsprinzip im vorge-

nannten Sinne im jeweiligen Wortlaut nicht erkennen lassen, hat bis 2017 in der Sache keine Rolle gespielt<sup>4</sup>. Dann allerdings sah sich das BVerfG mit Urteil vom 21.11.2017<sup>5</sup> veranlasst festzustellen, dass zu den für die Länder zwingenden Vorgaben des Grundgesetzes auch Art. 28 Abs. 2 GG mit der Folge gehört, dass das Landesrecht – einschließlich des Landesverfassungsrechts – keine Regelungen enthalten darf, die mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar sind, um auf diese Weise bestimmte Mindeststandards an bürgerschaftlicher Selbstbestimmung in ganz Deutschland einheitlich zu garantieren und tatsächlich zu gewährleisten, was ohne seine unmittelbare Geltung in den Ländern nicht zu erreichen sei. Das bedeutet konkret<sup>6</sup>:

„Insoweit handelt es sich bei Art. 28 Abs. 2 GG um ein unmittelbar anwendbares, von der einzelnen Kommune im Rahmen ihrer subjektiven Rechtsstellungsgarantie individuell einklagbares Recht. Gleichwertigkeit der Selbstverwaltungsgarantien setzt voraus, dass der landesrechtliche Schutz vergleichbar umfassend und effektiv ist. Der Schutz durch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit muss wirksam und funktionsadäquat sein.“

Jedenfalls in Fällen, in denen der landesverfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in der autoritativen Auslegung des Landesverfassungsgerichts wesentliche Gewährleistungsinhalte von Art. 28 Abs. 2 GG fehlen, steht der Eröffnung der Kommunalverfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht derjenigen zum Bundesverfassungsgericht insoweit nicht entgegen.“

Das BVerfG<sup>7</sup> ergänzt sodann, bis 2015 sei die Rechtslage hinsichtlich des Schutzniveaus von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG bundesweit ausnahmslos dadurch gekennzeichnet gewesen, dass die kommunalen Selbstverwaltungsgarantien im Gleichlauf mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ausgelegt worden seien. Die Verfassungsrechtslage sei in den Ländern insoweit allgemein – und damit auch in Nordrhein-Westfalen<sup>8</sup> – dahingehend bewertet worden, dass keine Landesverfassung hinter den Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zurückbleibe. Davon sei sodann bei der Interpretation von Art. 87 LV LSA<sup>9</sup> aufgrund des dortigen, ein materielles Aufgabenverteilungsprinzip nicht zum Ausdruck bringenden Wortlauts erstmals abgewichen worden.

1 OVG Lüneburg, DÖV 1980, 417 = DVBl. 1981, 81.

2 BVerwGE 67, 321.

3 BVerfGE 79, 127.

4 BVerfGE 147, 185, 219 Rn. 66.

5 BVerfGE 147, 185.

6 BVerfGE 147, 185, 214 f. Rn. 54, 57 f.

7 BVerfGE 147, 185, 219 Rn. 66.

8 BVerfGE 147, 185, 219 Rn. 66 unter Verweis auf VerfGH NRW, DVBl. 2010, 1561, 1562.

9 I: „Die Kommunen (Gemeinden und Landkreise) und die Gemeindeverbände verwalten ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung.“ II: „Die Kommunen sind berechtigt und im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet, in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben selbstständig wahrzunehmen, soweit nicht bestimmte Aufgaben im öffentlichen Interesse durch Gesetz anderen Stellen übertragen sind.“

2017 hat das BVerfG daher das seit dem Rastede-Beschluss geltende Aufgabenverteilungsprinzip erneut vor Augen geführt und zudem Art. 28 Abs. 2 GG als Durchgriffsnorm ins Licht gerückt.

## II. Finanzielle Mindestausstattung

Dies leitet über zu einer weiteren, gegenwärtig ebenso aktuellen wie brisanten Konstellation, in der sich mangels verbindlicher Auslegung durch das BVerfG die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem BVerwG an der Spitze als „Hüter der Verfassung“ in Gestalt des Art. 28 Abs. 2 GG etabliert hat, nämlich bezogen auf die Garantie einer finanziellen Mindestausstattung.

Das BVerfG hat zuletzt in seinem Beschluss vom 07.07.2020<sup>10</sup> zwar diagnostiziert, dass die weitgehend übereinstimmenden landesverfassungsrechtlichen Garantien kommunaler Selbstverwaltung

„größtenteils einen Anspruch auf finanzielle Mindestausstattung, der zum nicht weiter beschränkbar Kern kommunaler Selbstverwaltung gerechnet wird“,

verbürgen, bezogen auf den sachlichen Gewährleistungsbereich von Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG sei aber noch manches ungeklärt, was in concreto erneut dahingestellt bleiben könne<sup>11</sup>,

„weil sich Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG zumindest entnehmen lässt, dass zwischen der Zuweisung von Aufgaben und der Zuweisung von Finanzmitteln ein Konnex besteht. Insoweit liegt ihm die Vorstellung einer aufgabengerechten kommunalen Finanzausstattung zugrunde“,

was dagegen spricht, dass es in verfassungsrechtlicher Hinsicht und nicht nur tatsächlich eine Kategorie „finanzschwacher Kommunen“ geben kann<sup>12</sup>.

In die dadurch bisher bestehende Lücke einer verbindlichen Auslegung des Art. 28 Abs. 2 GG in finanzieller Hinsicht ist – wie in den 1980er-Jahren – die Verwaltungsgerichtsbarkeit unter Führung des BVerwG eingedrungen und hat diese sowohl materiell-rechtlich wie prozedural umfassend gefüllt, was aktuell die Frage aufwirft, ob diese Auslegung vor der Verfassungsgerichtsbarkeit in Bund und Ländern dauerhaft Bestand haben wird, was vom VerfGH NW bereits mit kraftvollen Formulierungen bestritten worden ist<sup>13</sup>.

### 1. Art. 28 Abs. 2 GG: Vom BVerwG entnommene materiell-rechtliche Inhalte

Mit Urteil vom 16.06.2015<sup>14</sup> hat das BVerwG als Grundlage für die weiteren Darlegungen in materieller Hinsicht

„die für Kreise und für Gemeinden gleichermaßen geltende Gewährleistung der finanziellen Eigenverantwortung in Art. 28 Abs. 2 S. 3, 1. Hs. GG als notwendiges Korrelat der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung“

herausgestellt und mit Urteil vom 29.05.2019<sup>15</sup> hinzugefügt, dass bei der Kreisumlagefestsetzung als Entscheidung über die Verteilung der finanziellen Mittel innerhalb des kommunalen Raums zwischen Gemeinden und Landkreis sich sowohl der Landkreis, der über die Mittelverteilung entscheidet, als auch die Gemeinden, denen Finanzmittel entzogen werden, auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung und ihren daraus abgeleiteten Anspruch auf aufgabenadäquate Finanzierung aus Art. 28 Abs. 2 GG berufen können, zumal Art. 28 Abs. 2 GG keine zusätzliche und eigenständige Regelung zur Verteilung öffentlicher Mittel trifft<sup>16</sup>. In quantitativer Hinsicht hatte das

BVerwG bereits mit Urteil vom 31.01.2013<sup>17</sup> dargelegt, dass die anspruchsberechtigten Kommunen mindestens über so große Finanzmittel verfügen müssen, dass sie ihre pflichtigen Fremdwie Selbstverwaltungsaufgaben ohne – nicht nur vorübergehende – Kreditaufnahme erfüllen können und darüber hinaus noch über eine freie Spitze verfügen, um zusätzlich freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben in einem bescheidenen, aber doch merklichen Umfang wahrzunehmen:

„Der Mindestfinanzbedarf der Kommunen stellt vielmehr einen abwägungsfesten Mindestposten im öffentlichen Finanzwesen des jeweiligen Landes dar“,

was zur Folge hat, dass der Landesgesetzgeber verpflichtet ist, eine angemessene Finanzausstattung, wenigstens aber die Mindestausstattung der Kommunen im Gesamt seines Regelwerks zu gewährleisten. In der Zeitachse bedeutet die Einschränkung: „nicht nur vorübergehende Kreditaufnahme“, dass der Kernbereich der Garantie erst dann verletzt ist<sup>18</sup>, wenn die Kommune „strukturell und auf Dauer“ außerstande ist, ihr Recht auf eine eigenverantwortliche Erfüllung auch freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen. Innerhalb des kreiskommunalen Raums lässt sich dabei weder für den Finanzbedarf des Kreises noch für denjenigen der kreisangehörigen Gemeinden von Verfassungen wegen ein Vorrang behaupten.

Dieser Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung stellt eine absolute Grenze dar und darf nicht dergestalt angetastet werden, dass das absolute Minimum der Finanzausstattung unterschritten wird<sup>19</sup>.

Oberhalb der Sicherung der finanziellen Mindestausstattung folgt aus Art. 28 Abs. 2 GG der Grundsatz des Gleichrangs des Finanzbedarfs der kommunalen Gebietskörperschaften<sup>20</sup>. Deshalb ist der Finanzbedarf der Gemeinden nicht gewichtiger als der Finanzbedarf anderer höherstufiger Verwaltungsträger, der diesen aus den ihnen verfassungsgemäß zugewiesenen öffentlichen Aufgaben erwächst. Umgekehrt verbietet der Grundsatz des Gleichrangs, dass der Landkreis bei der Erhebung der Kreisumlage seine eigenen finanziellen Belange gegenüber den finanziellen Belangen seiner kreisangehörigen Gemeinden einseitig und rücksichtslos bevorzugt<sup>21</sup>.

### 2. Verfahrensrechtliche Schlussfolgerungen des BVerwG aus Art. 28 Abs. 2 GG bei der Festsetzung der Kreisumlage

#### a) BVerwGE 145, 378 und 152, 188

Aus den materiell-rechtlichen grundgesetzlichen Vorgaben

- eines finanziellen Mindestausstattungsanspruchs jeder einzelnen Gemeinde und jedes Landkreises und
- des darüber hinaus ebenfalls in Art. 28 Abs. 2 GG wurzelnden Grundsatzes des Gleichrangs des Finanzbedarfs der kommunalen Gebietskörperschaften

hat das BVerwG im Urteil vom 31.01.2013 zunächst nur drei – in BVerwGE 152, 188 zum Teil präzisiertere – verfahrensmäßige Schlussfolgerungen gezogen.

(1.) Der Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung darf auch nicht zugunsten des jeweiligen Kreises angetastet wer-

<sup>10</sup> BVerfGE 155, 310, 333 Rn. 56.

<sup>11</sup> BVerfGE 155, 310, 333 Rn. 55.

<sup>12</sup> Dazu ausf.: Henneke, DVBl. 2024, 472.

<sup>13</sup> VerfGH NRW, DVBl. 2014, 918 Rn. 58 sowie NWVBl. 2017, 23, 29.

<sup>14</sup> BVerwGE 152, 188 Rn. 17.

<sup>15</sup> BVerwGE 165, 381 Rn. 17.

<sup>16</sup> BVerwGE 145, 378 Rn. 13; 173, 274 Rn. 17.

<sup>17</sup> BVerwGE 145, 378 Rn. 19, 22 f.

<sup>18</sup> BVerwGE 145, 378 Rn. 41.

<sup>19</sup> BVerwGE 145, 378 Rn. 36.

<sup>20</sup> BVerwGE 145, 378 Rn. 13; 173, 274 Rn. 25.

<sup>21</sup> BVerwGE 145, 378 Rn. 14.

den. Damit wird der Kreisumlage eine absolute Grenze gezogen; ihre Erhebung darf nicht dazu führen, dass das absolute Minimum der Finanzausstattung der kreisangehörigen Gemeinden unterschritten wird<sup>22</sup>. So wenig wie das Land kann sich der Kreis von der Beachtung des Kernbereichs der gemeindlichen Selbstverwaltung unter Hinweis auf seine eigene Haushaltslage dispensieren<sup>23</sup>.

(2.) Ist die eigene Finanzausstattung des Kreises unzureichend, erreicht der Kreis also auch mit der Kreisumlagefestsetzung nicht die ihm zustehende finanzielle Mindestausstattung, muss er sich seinerseits an das Land (den Landesgesetzgeber) halten<sup>24</sup>. Andererseits ist der Kreis aber dazu verpflichtet, den Kreisumlagesatz unter Berücksichtigung der Belange der kreisangehörigen Gemeinden höchstmöglich festzusetzen, bevor er sich an das Land wendet<sup>25</sup>.

(3.) Wegen des Gleichrangigkeitsgrundsatzes ist der Kreis verpflichtet, nicht nur den eigenen Finanzbedarf, sondern auch denjenigen der umlagepflichtigen Gemeinden zu ermitteln und seine Entscheidung in geeigneter Form – etwa im Wege einer Begründung der Ansätze seiner Haushaltssatzung – offenzulegen, um den Gemeinden und ggf. den Gerichten eine Überprüfung zu ermöglichen, wobei dieses Erfordernis ohne weitere Spezifizierung mit der sanften Formulierung „es ist allenfalls hinzuzufügen“ aufgestellt<sup>26</sup> und in BVerwGE 152, 188 Rn. 41 wiederholt sowie um die Konkretisierung ergänzt wurde, dass es dafür nicht ausreichend wäre, wenn sich der Kreis allein auf einen landesweiten Orientierungswert stützen würde. Da der kreiseigene Finanzbedarf vom Kreis konkret ermittelt wird, folgt das BVerwG aus Art. 28 Abs. 2 GG, dass für den gleichrangigen Bedarf der umlagepflichtigen Gemeinden nichts anderes gelten kann.

#### b) BVerwGE 165, 381 und 177, 170

Angesichts massiver aus dieser Rechtsprechung abgeleiteter Überhöhungen von Verfahrensorderungen in zahlreichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren sah sich das BVerwG in der Folgezeit zu folgenden Klarstellungen veranlasst:

- Zuvörderst obliege es dem Landesgesetzgeber, Verfahrensregelungen zu treffen.
- Eine förmliche Anhörungspflicht der Gemeinden lasse sich Art. 28 Abs. 2 GG nicht entnehmen.
- Auch sei keine Abwägungsentscheidung geboten, wie sie aus dem Planungsrecht geläufig sei.
- Es bestünden verschiedene rechtliche Möglichkeiten, die Mindestausstattung jeder einzelnen kreisangehörigen Gemeinde zu wahren.
- Bei alledem hätten die Kreise die Befugnis zur Verfahrensgestaltung, aber auch die Letztverantwortung zur Wahrung der verfahrensrechtlichen Anforderungen.

(1.) Zunächst legt das BVerwG dar<sup>27</sup>, dass es die Verpflichtung des Landkreises zur Ermittlung und Offenlegung des finanziellen Bedarfs seiner kreisangehörigen Gemeinden aus der Institutsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung abgeleitet hat, die der gesetzlichen Ausgestaltung und Formung bedarf. Es obliege daher dem Landesgesetzgeber, das Verfahren der Erhebung der Kreisumlage zu regeln. Insoweit haben die Länder Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen, Nordrhein-Westfalen und Brandenburg Regelungen getroffen<sup>28</sup>.

Da das BVerwG der Verfahrensausgestaltungspflicht der Landesgesetzgeber unmittelbar die Aussage hinzugefügt hat<sup>29</sup>:

„Soweit derartige Regelungen fehlen, haben die Landkreise die Befugnis zur Gestaltung ihrer Verfahrensweise“,

erschien es überraschend<sup>30</sup>, dass das OVG Berlin-Brandenburg<sup>31</sup> die Erfüllung der Verfahrensvoraussetzungen des § 129 Abs. 1 KV Bbg durch den Landkreis zwar als notwendige, nicht

aber als hinreichende Verfahrenspflichterfüllung angesehen hat, wenn es ausführt:

„Seine Verpflichtung, nicht nur den eigenen, sondern auch den Finanzbedarf der kreisangehörigen Gemeinden zu ermitteln, erschöpft sich nicht in der Durchführung des landesrechtlich vorgesehenen Beteiligungsverfahrens.“

Nach § 129 Abs. 1 KV Bbg soll der Entwurf der Haushaltssatzung mit den Gemeinden und Ämtern frühzeitig erörtert werden und ist mit Anlagen nach vorheriger öffentlicher Bekanntgabe an sieben Tagen öffentlich auszulegen. Gegen den Entwurf können kreisangehörige Gemeinden innerhalb einer Frist von einem Monat nach Beginn der Auslegung Einwendungen erheben, über die der Kreistag in öffentlicher Sitzung beschließt.

Es klagte eine Gemeinde erfolgreich gegen den Kreisumlagebescheid, obwohl sie an der frühzeitigen Erörterung nach § 129 Abs. 1 Satz 1 KV nicht teilgenommen und Einwendungen gegen den Entwurf nach § 129 Abs. 1 Satz 3 KV nicht erhoben hatte. Das BVerwG<sup>32</sup> entschied mit Beschluss vom 16.09.2020, dass seine bisherige Rechtsprechung in verfahrensmäßiger Hinsicht über die Einhaltung des in § 129 Abs. 1 KV Bbg normierten Verfahrens hinausgehende Anforderungen enthält und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 3 GG einen völligen Verzicht nicht nur auf eigene Ermittlungen des Landkreises, sondern auch auf die inhaltliche Würdigung der Belange der Gemeinde nicht gestattet. Da die Verfassungsnorm fordere, eine einseitige Bevorzugung der Belange des Kreises zu vermeiden, verlange sie damit zugleich eine Berücksichtigung der gemeindlichen Belange in der Sache nebst einer Überprüfung der getroffenen Entscheidung:

„Die Einhaltung dieser Anforderungen wäre nicht gewährleistet, wenn sich der Landkreis darauf beschränken könnte, den Gemeinden zu der bereits im Entwurf vorliegenden, ohne Einstellung des gemeindlichen Finanzbedarfs gefertigten Entscheidung lediglich eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu eröffnen.“

(2.) Umgekehrt hat das BVerwG mit Urteil vom 29.05.2019<sup>33</sup> klargestellt, dass sich Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 3 GG verfassungsunmittelbar nicht entnehmen lässt, in welcher Art und Weise die Landkreise den Finanzbedarf ihrer Gemeinden zu ermitteln und offenzulegen haben und ob solchen Verfahrenspflichten entsprechende Verfahrensrechte der betroffenen Gemeinden korrespondieren, sowie wörtlich im Leitsatz<sup>34</sup> hinzugefügt:

„Eine Verpflichtung, die umlagepflichtigen Gemeinden vor der Entscheidung über die Höhe des Kreisumlagesatzes förmlich anzuhören, lässt sich dem Grundgesetz nicht entnehmen“,

eine Feststellung, die in der Folgezeit mehrfach, so auch im Urteil vom 26.05.2020,<sup>35</sup> wiederholt wurde.

22 BVerwGE 145, 378 Rn. 36.

23 BVerwGE 145, 378 Rn. 37.

24 BVerwGE 145, 378 Rn. 37.

25 BVerwGE 152, 188 Rn. 26.

26 BVerwGE 145, 378 Rn. 14.

27 BVerwGE 165, 381 Rn. 14.

28 Dazu ausf.: Henneke, Die Kreisumlagefestsetzung, 2020, S. 190 ff.

29 BVerwGE 165, 381 Rn. 14.

30 Dazu Henneke (Fn. 28), S. 98 ff.

31 OVG Berlin-Brandenburg, ZKF 2020, 90, 91; daran anknüpfend BVerwGE 173, 274 Rn. 19.

32 BVerwG, ZKF 2021, 89, 91.

33 BVerwGE 165, 381 Rn. 14.

34 BVerwGE 165, 381, 382.

35 BVerwG, NVwZ 2020, 1355 Rn. 14.

(3.) In BVerwGE 173, 274 Rn. 25 wurde mit Urteil vom 27.09.2021 hinzugefügt, dass die gemäß Art. 28 Abs. 2 GG bestehende Pflicht, den Finanzbedarf der Gemeinden gleichrangig mit dem des Kreises zu berücksichtigen, keine Abwägungsentcheidung, wie sie aus dem Planungsrecht geläufig ist und dort den Maßgaben der Abwägungsfehlerlehre unterliegt, verlangt.

(4.) Dass es auch bei der Kreisumlagefestsetzung verschiedene Möglichkeiten gibt, die finanzielle Mindestausstattung jeder einzelnen kreisangehörigen Gemeinde zu wahren, hat das BVerwG erstmals im Urteil vom 29.05.2019<sup>36</sup> angesprochen, indem es auf die für Gemeinden bestehende Erfolg versprechende Möglichkeit hingewiesen hat,

„zusätzliche Liquiditätsbeihilfen, Sanierungsbeihilfen oder eine Befreiung von der Umlageerhebung zu erlangen“,

um auf diese Weise die Unwirksamkeitsfolge der satzungsmäßigen Festsetzung des Kreisumlagesatzes zu vermeiden.

Im Beschluss vom 29.06.2021<sup>37</sup> ist das BVerwG anknüpfend an eine Entscheidung des OVG Rh.-Pf.<sup>38</sup> darauf vertiefend eingegangen. Das OVG Rh.-Pf. habe entschieden, dass ein Umlagesatz, der zu einer Unterschreitung der Mindestausstattung einzelner weniger, besonders finanzschwacher kreisangehöriger Gemeinden führen würde, dann nicht gegen Art. 28 Abs. 2 GG verstoße, wenn diese Gemeinden den zur Wahrung ihrer Mindestausstattung nötigen (Teil-)Erlas der Umlageforderung beanspruchen könnten. Das BVerwG hebt insoweit hervor, dass

„auch die Möglichkeit einer Umlagebefreiung für sonst in ihrem Recht aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzte Gemeinden relevant sein“

kann. Für die Beurteilung eines Unterschreitens der finanziellen Mindestausstattung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG sei auch die Liquiditätskreditschuldenentwicklung relevant.

Im Urteil vom 29.11.2022<sup>39</sup> hat das BVerwG zu den 2019 genannten Möglichkeiten der Kompensation einer strukturellen und dauerhaften Unterfinanzierung durch Zuschüsse oder eine Befreiung von der Umlageerhebung präzisierend ausgeführt, dass es nicht ausreichend ist,

„wenn eine Ermächtigung zur Befreiung kreisangehöriger Gemeinden von der Umlageerhebung besteht, ohne auf die Erfolgsaussichten eines Befreiungsantrags abzustellen“,

da

„nur für die betroffene unterfinanzierte Gemeinde *erfolgversprechende* Möglichkeiten zusätzliche Finanzmittel oder eine Befreiung zu erlangen, eine Verletzung von Art. 28 Abs. 2 GG ausschließen können.“

Die vom BVerwG<sup>40</sup> verfassungsunmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitete Verfahrensfolge besteht darin, dass

„sich der Satzungsgeber vergewissern muss, dass eine notleidende Gemeinde im konkreten Fall anderweitige Finanzierungsmöglichkeiten erlangen kann. Dies setzt voraus, dass sie im maßgeblichen Zeitpunkt des Satzungserlasses einen verfahrensrechtlich noch zu verwirklichenden Anspruch auf ausreichende zusätzliche Finanzmittel oder auf eine Befreiung von der Umlage hat. Dessen Voraussetzungen müssen bereits bei der Heranziehung zur Kreisumlage geprüft werden. Nur so ist zu verhindern, dass der angegriffene Heranziehungsbescheid in Bestandskraft erwächst, obwohl die unterfinanzierte Gemeinde – bei Fehlen der

Anspruchsvoraussetzungen – in ihren verfassungsrechtlich garantierten Rechten verletzt wird.“

(5.) Schließlich hat das BVerwG<sup>41</sup> den Landkreisen zwar einerseits ausdrücklich

„die Befugnis zur Gestaltung ihrer Verfahrensweise“

zugebilligt, ihnen damit aber auch die Verantwortung dafür auferlegt,

„hierbei ein Verfahren zu beobachten, welches sicherstellt, dass die verfahrensrechtlichen Anforderungen gewahrt werden.“

Das führt dazu, dass es für die Landkreise zu einer „Sowohlals-auch“-Beachtungspflicht aus gesetzlichen Vorgaben, wie sie in den vorgenannten Ländern Brandenburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Thüringen bestehen, als auch von unmittelbar seitens der Rechtsprechung aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleiteten Verfahrenspflichten kommt.

c) BVerwGE 173, 274 und 177, 170

Im Urteil vom 27.09.2021 hat das BVerwG<sup>42</sup> erstmals Aussagen zu Organzuständigkeiten getroffen. Danach müssen die von der Kreisverwaltung ermittelten Informationen über den gemeindlichen Finanzbedarf dem Kreistag als dem für den Erlass der Haushaltssatzung zuständigen Organ bei der Beschlussfassung über den Kreisumlagesatz vorliegen, damit er der Pflicht des Kreises nachkommen kann, diesen Finanzbedarf gemäß Art. 28 Abs. 2 GG gleichrangig mit dem eigenen zu berücksichtigen, und konkretisierend hinzugefügt:

„Dazu muss dem Kreistag zumindest ein bezifferter Bedarfsansatz für jede kreisangehörige Gemeinde vorliegen“,

wobei die der Beschlussfassung zugrunde gelegten Bedarfsansätze in der Beschlussvorlage oder – im Falle abweichender Festsetzung – in anderer Weise wegen der ebenfalls aus Art. 28 Abs. 2 GG abzuleitenden Pflicht, die Entscheidung über die Umlagefestsetzung als Ergebnis der Gewichtung der finanziellen Belange offenzulegen, dokumentiert werden müssen.

Die Art. 28 Abs. 2 GG entnommene Ermittlungs- und Offenlegungspflicht des Kreises qualifiziert das BVerwG<sup>43</sup> sodann als

„verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Kreisumlagesatzes, deren Verletzung von Verfassungen wegen zur Unwirksamkeit der Satzungsnorm führt“.

Tritt die Unwirksamkeitsfolge ein, ist eine Heilung der unwirksamen ursprünglichen Satzungsnorm allerdings nicht ausgeschlossen, da sich aus der Garantie kommunaler Selbstverwaltung kein Recht der Gemeinde herleiten lässt, von einer Heranziehung zur Kreisumlage dauerhaft verschont zu bleiben<sup>44</sup>:

„Art. 28 Abs. 2 GG verleiht einer Gemeinde keine individuelle Rechtsposition gegenüber einer solchen Heranziehung.“

36 BVerwGE 165, 381 Rn. 21.

37 BVerwG, ZKF 2022, 38.

38 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2020, 378; dazu Henneke, NVwZ 2020, 1474 sowie ders., Der Landkreis 2020, 385.

39 BVerwGE 177, 170 Rn. 35.

40 BVerwGE 177, 170 Rn. 36.

41 BVerwGE 165, 381 Rn. 14.

42 BVerwGE 173, 274 Rn. 21.

43 BVerwGE 173, 274 Rn. 22.

44 BVerwGE 173, 274 Rn. 17; 177, 170 Rn. 24.

Allerdings gebietet Art. 28 Abs. 2 GG dem Landesgesetzgeber auch nicht, nach Ablauf des betreffenden Haushaltsjahres die Heilung eines unwirksamen Beschlusses über den Kreisumlagesatz zu ermöglichen<sup>45</sup>. Es lasse sich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nicht entnehmen, dass der Landesgesetzgeber die Finanzierung der Kreise gerade durch eine Ermächtigung zur zeitlich unbegrenzt rückwirkenden Erhebung der Kreisumlage sicherzustellen hätte.

Wenn eine Heilung allerdings landesrechtlich ermöglicht wird, verpflichtet der materiell-rechtliche Grundsatz des Gleichrangs der kommunalen Gebietskörperschaften aus Art. 28 Abs. 2 GG den Kreistag zu einer ergebnisoffenen Berücksichtigung und Gewichtung der finanziellen Belange der kreisangehörigen Gemeinden gegenüber denjenigen des Kreises. Was das in verfahrensrechtlicher Hinsicht bedeutet, hat das BVerwG im Urteil vom 29.11.2022<sup>46</sup> näher dargelegt. Aufgrund des nach Art. 28 Abs. 2 GG gebotenen Ausgleichs konkurrierender finanzieller Interessen im kreiskommunalen Raum hat der Kreis auch bei einer Heilung die jeweiligen Finanzbedarfe zu ermitteln und zueinander ins Verhältnis zu setzen:

„Danach sind namhafte Überschüsse im Haushaltsergebnis des Kreises für das betreffende Haushaltsjahr bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Heranziehung der Kreisumlage zu berücksichtigen, wenn sie im Zeitpunkt der Beschlussfassung des Kreistages über die den Bescheid tragende Haushaltssatzung bekannt waren. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der Rechtmäßigkeit der Haushaltssatzung ist der Zeitpunkt ihres Erlasses. Die Ermittlung, Berücksichtigung und Gewichtung der finanziellen Belange des Kreises und der kreisangehörigen Gemeinden hat ergebnisoffen zu erfolgen; sie darf nicht von vornherein auf eine Bestätigung des zuvor gefassten Beschlusses beschränkt sein. Diese Ergebnisoffenheit setzt voraus, dass alle im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorliegenden Informationen über die finanzielle Situation des Kreises und der Gemeinden im betreffenden Haushaltsjahr betrachtet und in die Gewichtung einbezogen werden, auch wenn sie über die bei Erlass der ursprünglichen Haushaltssatzung aus der damaligen prognostischen ex ante-Sicht bekannten Informationen hinausgehen. Dass bei regulärem Erlass einer Haushaltssatzung nur prognostisch eingeschätzt werden kann, welcher Umlagesatz dem finanziellen Gleichrang von Kreis und Gemeinden und dem Recht der Gemeinden auf finanzielle Mindestausstattung und Wahrung ihrer Steuerrhoheit Rechnung trägt, reduziert diese materiell-rechtlichen Gewährleistungen nicht auf ein Erfordernis fehlerfreier Prognose. Vielmehr hat der Kreis bei der Festlegung des Umlagesatzes die im Zeitpunkt der jeweiligen Beschlussfassung zur Verfügung stehenden, für die Wahrung der verfassungsrechtlichen Vorgaben erheblichen Informationen zu berücksichtigen. Bei rückwirkenden Haushaltssatzungen zur Fehlerbehebung schließt dies eine Berücksichtigung der zwischenzeitlich angefallenen, bei Erlass dieser Satzungen verfügbaren Daten mit ein. Dadurch geminderte Einnahmen des Kreises und etwaige Verpflichtungen zur Rückerstattung überzahlter Umlagen an die Gemeinden schlagen erst in der nächsten zu erlassenden Haushaltssatzung zu Buche.“

### 3. Ausformungen und Verdichtungen in der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte

#### a) „Strukturell und auf Dauer“

Die Formel des BVerwG, dass der Kernbereich der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie erst dann verletzt ist, wenn die Gemeinde „strukturell und auf Dauer“ außerstande ist, ihr Recht auf eine eigenverantwortliche Erfüllung auch frei-

williger Aufgaben wahrzunehmen<sup>47</sup>, hat die OVG-Rechtsprechung<sup>48</sup> dahingehend konkretisiert, dass sie auf einen Zeitraum von neun bzw. zehn Jahren abstellt, wobei nicht abstrakt schematisch festzulegen ist, wie sich dieser Betrachtungszeitraum ausgehend vom betroffenen Haushaltsjahr in die Vergangenheit und in die Zukunft erstreckt. Im Hinblick darauf, dass in die Zukunft prognostizierte Daten tendenziell weniger belastbar und aussagekräftig sind als in der Vergangenheit liegende und damit feststehende, sollte nach übereinstimmender OVG-Rechtsprechung der Schwerpunkt des Betrachtungszeitraums in der Vergangenheit liegen. Um künftige Verbesserungen oder Verschlechterungen der finanziellen Ausstattung einer Kommune in der näheren Zukunft in den Blick nehmen zu können, sind aber auch Haushaltsfolgejahre zur Beurteilung heranzuziehen.

#### b) „Bezifferter Bedarfsansatz für jede kreisangehörige Gemeinde“

Die Vorgabe des BVerwG<sup>49</sup>, dass dem Kreistag zumindest ein bezifferter Bedarfsansatz für jede kreisangehörige Gemeinde vorliegen muss, hat ebenfalls Ausformungsbedarf in der OVG-Rechtsprechung hervorgerufen. Die Kreisverwaltung ist danach befugt, auf vorhandene Daten zurückzugreifen. Verfassungsunmittelbare gemeindliche Beteiligungsrechte werden insoweit aus Art. 28 Abs. 2 GG nicht abgeleitet<sup>50</sup>. Diese Bedarfsansätze hat der Landkreis den zur Entscheidung über die Kreisumlage berufenen Mitgliedern des Kreistages vor der Beschlussfassung in geeigneter Weise (z. B. tabellarisch) aufbereitet zur Verfügung zu stellen. Eine rein verwaltungsinterne Ermittlung und Bewertung des Finanzbedarfs der Gemeinden genügt nicht<sup>51</sup>.

Dabei ist es rechtlich nicht geboten, dass sämtliche in der Beschlussvorlage enthaltenen Bedarfsansätze bereits den letztlich beschlossenen Umlagesatz einbeziehen und berücksichtigen, da die von der Kreisverwaltung vorgelegte Beschlussvorlage lediglich einen Vorschlag für den Umlagesatz enthält, dessen endgültige Festsetzung auf der Grundlage der vorliegenden Haushaltsdaten dem Kreistag obliegt. Damit ist eine Abweichung vom vorgeschlagenen Umlagesatz durch den Kreistag möglich und unter Berücksichtigung der finanziellen Belange von Landkreis und kreisangehörigen Gemeinden materiell-rechtlich ggf. sogar geboten. Es genügt daher, wenn der Kreistag aufgrund der bereits vorliegenden Informationen die finanziellen Auswirkungen des von der Beschlussvorlage abweichenden, letztlich beabsichtigten Umlagesatzes einschätzen und bewerten kann<sup>52</sup>.

Während die Gemeinden eventuelle Änderungen ihrer Planzahlen dem Landkreis bis zur Beschlussfassung mitteilen können, ist der Landkreis seinerseits nicht verpflichtet, von sich aus eventuelle Änderungen der Bedarfsansätze bei den Gemeinden (mehrfach) abzufragen<sup>53</sup>. Die Richtigkeit der vom Kreis zu treffenden Prognoseentscheidung begründet sich aus den zum Zeitpunkt der Prognose vorhandenen Entscheidungsgrundlagen und stützt sich nicht auf unvorhersehbare spätere Entwicklungen. Dass zwischen der Erstellung der Beschlussvorlage durch die Kreisverwaltung und der Festsetzung des Umlagesatzes durch den Kreistag zwangsläufig ein gewisser Zeitraum liegt, ist einem geordneten Haushaltsaufstellungs- und -beschlussverfahren geschuldet und hinzunehmen, solange die Berücksichtigung

45 BVerwGE 173, 274 Rn. 23.

46 BVerwGE 177, 170 Rn. 30 ff.

47 BVerwGE 145, 378 Rn. 41; 165, 381 Rn. 21.

48 OVG Rh.-Pf., DVBl. 2014, 589, 593 f.; OVG LSA, Der Landkreis 2023, 48, 54.

49 BVerwGE 173, 274 Rn. 21.

50 OVG LSA, ZKF 2020, 136.

51 OVG LSA, ZKF 2020, 136.

52 OVG LSA, Der Landkreis 2023, 48, 50.

53 OVG LSA, Der Landkreis 2023, 48, 50.

der finanziellen Belange der Gemeinden durch noch hinreichend auf das betroffene Haushaltsjahr bezogene Daten gesichert ist.

Mit Urteil vom 12.07.2023 hat das OVG Rh.-Pf. verfassungsunmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG weitere detaillierte Verfahrensbedingungen hinsichtlich des geforderten bezifferten Bedarfsansatzes für jede kreisangehörige Gemeinde entfaltet<sup>54</sup>. Jedenfalls ist danach eine realitätsnahe Ermittlung anhand aussagekräftiger Kerndaten nicht nur zur Einnahmeseite der einzelnen umlagepflichtigen Gemeinden, sondern auch zu deren Aufgaben- und Ausgabenlasten notwendig, da nur auf diese Weise der gemeindliche Finanzbedarf abgebildet werden kann. Die Ermittlung nur der (einnahmeseitigen) Finanzkraft oder der Umlagegrundlagen der einzelnen Gemeinden genügt insoweit nicht. Das OVG Rh.-Pf. konzediert ausdrücklich, dass die Ermittlung des Finanzbedarfs der umlagepflichtigen Gemeinden die Landkreise insbesondere bei einer kleingliedrigen Gemeindestruktur wie in Rheinland-Pfalz vor erhebliche praktische Herausforderungen zu stellen vermag:

„So kann diese Ermittlung schon wegen der zum Teil sehr großen Anzahl der einem einzelnen Landkreis angehörenden kreisangehörigen Gemeinden (fünf Verbandsgemeinden mit 233 Ortsgemeinden und eine verbandsfreie Stadt im Landkreis Bitburg-Prüm) einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand verursachen. Allerdings sichert die Ermittlungspflicht in prozeduraler Hinsicht die Wahrung des in Art. 28 Abs. 2 GG wurzelnden Grundsatzes des Gleichrangs des Finanzbedarfs der kommunalen Gebietskörperschaften. Der damit verbürgte verfassungsrechtliche Schutz des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts jeder einzelnen umlagepflichtigen Gemeinde, der gerade durch die Pflicht des Landkreises, auch deren Finanzbedarf zu ermitteln, abgesichert wird, kann nicht dadurch relativiert werden oder gar davon abhängen, wie viele Gemeinden von der Umlagepflicht betroffen sind.“

Besonders hervorhebenswert an der Entscheidung des OVG Rh.-Pf. ist auch, dass sich der Landkreis gegenüber seinen Gemeinden nicht auf Verpflichtungen berufen kann, die er seinerseits gegenüber dem – sowohl gegenüber den Gemeinden wie gegenüber dem Landkreis zur Gewährleistung jedenfalls einer finanziellen Mindestausstattung verpflichteten – Land eingegangen ist, selbst wenn dies Sanktionen für den Landkreis etwa durch den Verlust von Bewilligungsmitteln nach sich ziehen sollte<sup>55</sup>:

„Dies führt dazu, dass eine vertraglich in einem Konsolidierungsvertrag (= mit dem Land) eingegangene Verpflichtung zur Erhöhung der Kreisumlage jedenfalls dann nicht umgesetzt werden darf, wenn dadurch die umlageverpflichteten Gemeinden in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt würden. Eine vom Grundsatz des Gleichrangs des Finanzbedarfs geforderte ergebnisoffene Berücksichtigung wäre gerade ausgeschlossen, wenn sich der Landkreis durch Abschluss eines Konsolidierungsvertrags derart binden würde, dass er selbst dann nicht mehr abweichend hiervon entscheiden könnte, wenn dies zur Vermeidung einer Verletzung der umlagepflichtigen Gemeinden in ihrem Selbstverwaltungsrecht verfassungsrechtlich erforderlich wäre. Dies wäre mit Verfassungsrecht nicht zu vereinbaren.“

Außerdem legt das OVG Rh.-Pf.<sup>56</sup> dar, dass es die Beachtung der Ermittlungs- und Offenlegungspflichten auch nicht entbehrlich macht, wenn der Landkreis schlichtweg einen Umlagesatz festsetzt, mit dem er weit hinter seinem eigenen Finanzbedarf zurückbleibt. Zwar zeige sich daran durchaus, dass der

Landkreis die finanziellen Interessen seiner umlagepflichtigen Kommunen grundsätzlich im Blick hatte. Dies entbinde indes nicht von der Ermittlung und Offenlegung sowie Berücksichtigung deren konkreten und aktuellen Finanzbedarfs.

Schließlich knüpft das OVG Rh.-Pf. an Vorgaben des BVerwG<sup>57</sup> an, wenn es feststellt<sup>58</sup>:

„Bereits der Satzungsgeber muss sich vergewissern, dass eine notleidende Gemeinde im konkreten Fall eine anderweitige Finanzierungsmöglichkeit erlangen kann, d. h., dass sie im maßgeblichen Zeitpunkt des Satzungserlasses einen verfahrensrechtlich zu verwirklichenden Anspruch auf ausreichende zusätzliche Finanzmittel oder Befreiung von der Umlage hat.“

Bei alledem impliziert die Befugnis des Landkreises zur Festsetzung des Umlagesatzes aufgrund einer vergleichenden, wertenden und prognostischen Betrachtung des eigenen Finanzbedarfs und desjenigen der kreisangehörigen Gemeinden einen Bewertungs- und Einschätzungsspielraum, der zugleich die gerichtliche Kontrolle der Entscheidung des Landkreises begrenzt. Die Festsetzung des Umlagesatzes ist in materiell-rechtlicher Hinsicht nur darauf überprüfbar, ob der Landkreis die von ihm ermittelten Daten zum Finanzbedarf berücksichtigt und gewürdigt hat und ob das Entscheidungsergebnis nicht offensichtlich fehlerhaft ist. Dagegen ist es nicht Aufgabe der Gerichte, festzustellen, ob es sich bei dem festgesetzten Umlagesatz um den „einzig richtigen“ oder „allein vertretbaren“ Umlagesatz handelt, weil dies bei einer von vielfältigen Bewertungen und Prognosen abhängigen Entscheidung schon nicht möglich ist und überdies in den gesetzlich eingeräumten Gestaltungsspielraum des Landkreises eingegriffen würde<sup>59</sup>.

c) Verschiedene rechtliche Möglichkeiten, die Mindestausstattung der kreisangehörigen Gemeinden zu wahren – Der „weniger als 1/4-Grundsatz“

Die vom BVerwG 2019 aufgezeigten verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten, die finanzielle Mindestausstattung jeder einzelnen kreisangehörigen Gemeinde zu wahren, haben zu beachtlichen Auslegungen in der OVG-Rechtsprechung geführt. Fest steht, dass im Hinblick auf die Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung bei der Festsetzung des Kreisumlagesatzes nicht auf die finanzschwächste Gemeinde abzustellen, sondern ein Querschnitt von allen kreisangehörigen Gemeinden zu bilden ist. Was das konkret bedeutet, haben insbesondere das OVG Rh.-Pf.<sup>60</sup>, das OVG LSA<sup>61</sup> und das ThürOVG<sup>62</sup> herauszuarbeiten versucht.

Ausgehend davon, dass der für alle umlagepflichtigen Kommunen geregelte einheitliche Kreisumlagesatz auf der Vollzugsebene nicht durch (Teil-)Erlass oder sonstige Maßnahmen vollständig oder größtenteils wieder ausgehebelt werden darf, sondern möglichst weitgehend zur Geltung zu bringen ist, wird ein Korrekturmechanismus nur ausnahmsweise, d. h. für einen geringen Teil besonders finanzschwacher Kommunen für zulässig erachtet<sup>63</sup>. Das bedeutet, dass bei der Festlegung des Kreis-

54 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2023, 429, 429 ff.

55 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2023, 429, 429.

56 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2023, 429, 430.

57 BVerwG, DVBl. 2023, 669 = NVwZ 2023, 824 Rn. 35 – 37.

58 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2023, 429, 431.

59 ThürOVG, ThürVBl. 2017, 139 Rn. 69; OVG LSA, Der Landkreis 2023, 48, 51.

60 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2020, 378 Rn. 98 ff.

61 OVG LSA, Der Landkreis 2023, 48, 53 f.

62 ThürOVG, ThürVBl. 2017, 139 Rn. 74.

63 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2020, 378, 381 f. daran anknüpfend OVG LSA, Der Landkreis 2023, 48, 53.

umlagesatzes in der Haushaltssatzung die überwiegende Mehrheit der umlageverpflichteten Gemeinden – rechtlich betrachtet – finanziell im Stande sein muss, die Kreisumlage ohne Eingriff in die Mindestausstattung zu erbringen<sup>64</sup>. Dementsprechend wird ein Verstoß gegen das Verfassungsgebot der finanziellen Mindestausstattung angenommen, wenn bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung des Kreistags erkennbar ist, dass der Umlagesatz von vielen oder gar dem überwiegenden Teil der umlageverpflichteten Kommunen nicht erbracht werden könnte bzw. rechtswidrig in deren Finanzautonomie eingriffe und daher mit entsprechenden Auswirkungen auf den Landkreishaushalt im Wege von (Teil-)Erlässen korrigiert werden müsste<sup>65</sup>.

Ab welchem genauen Anteil von auf einen (Teil-)Erläss angelegene Gemeinden sich der festgesetzte Umlagesatz als rechtswidrig erweist, lässt sich – wie die Rechtsprechung offen einräumt – normativ nicht ableiten. Im Hinblick auf die grundsätzlich zulässige und gebotene Querschnittsbildung bei der Festsetzung des Umlagesatzes, die nicht im Wege finanzieller Billigkeitsmaßnahmen auf der Vollzugsebene weitgehend entwertet werden darf, folgert die Rechtsprechung nach Sinn und Zweck, dass

„die Grenze jedenfalls dann überschritten ist, wenn mehr als ca. ein Viertel der umlagepflichtigen Gebietskörperschaften die Kreisumlage ohne Eingriff in ihre verfassungsrechtliche Mindestausstattung nicht vollständig erbringen könnte“<sup>66</sup>.

Von diesem vom OVG Rh.-Pf. entwickelten, vom OVG LSA übernommenen „weniger als ¼-Grundsatz“ hatte in der Folgezeit die Verwaltungsgerichtsbarkeit in concreto auszugehen. Dabei gelangte das VG Halle zu der Feststellung, dass in einem Landkreis zehn von 22 Kommunen einen strukturellen Haushaltsausgleich nicht erreichen könnten, wobei sechs sogar im gesamten neunjährigen Betrachtungszeitraum durchgehend Fehlbeträge aufwiesen, während die weiteren vier nur in einem einzigen von neun Jahren mit einem Jahresüberschuss abgeschlossen hätten.

Das OVG LSA<sup>67</sup> vermochte dagegen nichts zu erinnern. Das Verwaltungsgericht habe das Begriffspaar „dauerhaft und strukturell“ aufgegriffen und den Begriff „dauerhaft“ mit einem von ihm entwickelten, nicht als rechtlich verfehlt zu bewertenden Bedeutungsgehalt seiner Entscheidung zugrunde gelegt.

Die Folgen dieses scheinbar unauffälligen, knappen und sich im Kontext der sich verfeinernden Verwaltungsrechtsprechung bewegenden OVG-Beschlusses lösten sodann ein äußerst heftiges Beben nicht nur im betroffenen Landkreis, sondern im Land Sachsen-Anhalt und wohl auch darüber hinaus aus (dazu IV).

#### d) ThürOVG

Das – aufgrund landesrechtlicher Schwerpunkte hier nicht ausführlich wiedergegebene – Urteil des ThürOVG vom 15.06.2023<sup>68</sup> prüft in Anknüpfung an BVerwGE 152, 188 die Grundannahme, dass der Kreisumlagesatz bei einer Festsetzung durch das Landesverwaltungsamt bis an die Erdrosselungsgrenze reichen kann, vorrangig am Maßstab der landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, stellt sodann aber ohne jegliche Befassung mit den materiell-rechtlichen Grenzen der Kreisumlagefestsetzung fest, dass bereits die Beachtung der aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden Ermittlungs- und Offenlegungspflicht des Kreises eine verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Festsetzung des Kreisumlagesatzes darstelle, deren Verletzung von Verfassungs wegen zur Unwirksamkeit der Satzungsnorm führe – und zwar, man mag es sich kaum vorstellen: der Haushaltssatzung für das Jahr 2010!<sup>69</sup>

### III. Zwischenergebnis

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem BVerwG an der Spitze hat sich bezogen auf die absolute gesamtaufgabenakzessorische, vom Land im Gesamt seines Regelwerks zu gewährleistende finanzielle Mindestausstattung der Gemeinden und Kreise aus Art. 28 Abs. 2 GG zum Hüter der Verfassung aufgeschwungen und zur Sicherstellung des materiell-rechtlichen Anspruchs zahlreiche unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitete Verfahrenspflichten kreiert, die allerdings nur die Kreise bei der Kreisumlagefestsetzung zur Wahrung der gemeindlichen Mindestausstattung binden.

Dagegen liegt es nicht in der Entscheidungsmacht der Verwaltungsgerichtsbarkeit, dem von ihr ebenfalls bejahten Mindestausstattungsanspruch der Landkreise zur Durchsetzung zu verhelfen. Dies kann nur durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, vorrangig durch die Landesverfassungsgerichte, auf der Grundlage von BVerfGE 147, 185 aber auch durch das Bundesverfassungsgericht, geschehen, wenn ihn die Landesgesetzgeber nicht „im Gesamt ihres Regelwerks“ von sich aus gewährleisten.

Ganz im Gegenteil führt die kompetenzbedingt nur einen Ausschnitt aus den Finanzbeziehungen zwischen Land und Kommunen bei der Kreisumlagefestsetzung betrachtende Verwaltungsrechtsprechung dazu, dass die Kreise, die – anders als das Land die Mindestfinanzausstattung der Gemeinden nicht herzustellen, sondern lediglich zu wahren haben – zur Finanzierung ihrer Aufgaben häufig mehr oder minder deutliche Abstriche bei der bedarfsgerechten Kreisumlagefestsetzung machen müssen, ihrerseits aber kein „Packende“ finden, ihren eigenen Mindestfinanzausstattungsanspruch gegenüber dem Land zu realisieren, insbesondere, weil sich das Land auf den Vorbehalt seiner eigenen Leistungsfähigkeit beruft und insoweit noch Unterstützung beim zuvörderst anzurufenden Landesverfassungsgericht findet.

### IV. Die abweichende Argumentation des LVerfG LSA und des VerFGH NRW

Die wiedergegebene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat in Sachsen-Anhalt im Winter 2023/24 dazu geführt, dass ein Landkreis trotz Gebrauchmachens von gesetzlich normierten Heilungsmöglichkeiten „auf einen Schlag“ 46,6 Mio. Euro aus in den vergangenen Jahren erhobener Kreisumlage zurückzuzahlen hatte und zum Ausgleich des laufenden Haushalts 2024 erhebliche Beträge fehlen, sodass sich der Landkreis – ebenso wie vier weitere Landkreise – Hilfe suchend an das Land Sachsen-Anhalt wenden musste, welches zur Lösung der Liquiditätsprobleme beitrug, sich im Übrigen aber auf den Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes berief.

Beim 5. FAG-ÄndG vom 14.12.2023<sup>70</sup> stellte die Landesregierung zur Begründung<sup>71</sup> auf die vom LVerfG LSA mit Urteil vom 09.10.2012<sup>72</sup> näher präzisierten Vorgaben für einen aufgabenbezogenen vertikalen Finanzausgleich „in Anbetracht der Berücksichtigung der eigenen Leistungsfähigkeit des Landes“ ab. Dabei hob die Landesregierung ausdrücklich hervor, dass

64 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2020, 378, 382.

65 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2020, 378, 382; OVG LSA, Der Landkreis 2023, 48, 53.

66 OVG Rh.-Pf., Der Landkreis 2020, 378, 382, daran anknüpfend OVG LSA, Der Landkreis 2023, 48, 54.

67 OVG LSA, ZKF 2024, 88, – 4 L – 242/23 –.

68 ThürOVG, Der Landkreis 2023, 716 ff. – 3 KO 491/20 –.

69 Kritisch dazu: Henneke, Der Landkreis 2023, 716, 717 f.

70 GVBl. LSA 2023, 672.

71 LT-Drs. 8/3046 vom 29.08.2023, S. 36 u. 79.

72 LVerfG LSA, LVerfGE 23, 315 = DVBl. 2012, 1560.

sich das LVerfG LSA seit dem 09.12.2012 nicht mehr zum vertikalen Finanzausgleich geäußert habe, seine Rechtsprechung aber durch die Rechtsprechung anderer Landesverfassungsgerichte – ausdrücklich genannt wird das Urteil des VerfGH RhPf vom 16.12.2020<sup>73</sup> – im Wesentlichen bestätigt wurde, während auf die vorstehend entfaltete, gerade für Sachsen-Anhalt große Bedeutung erlangende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und ihm folgend des OVG LSA nicht eingegangen wurde.

### 1. LVerfG Sachsen-Anhalt, LVerfGE 10, 440 und 23, 315

Das LVerfG LSA hat sich in zwei Urteilen mit dem Umfang der kommunalen Finanzausstattung befasst. Im Urteil vom 13.07.1999<sup>74</sup> führte das LVerfG LSA aus, dass eine angemessene Finanzausstattung zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) rechne und dass Art. 88 Abs. 1 LV LSA der „bundesstaatlichen Vorgabe des Art. 28 Abs. 2 GG genügt“.

Soweit Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG eine Finanzgarantie für Selbstverwaltungskörperschaften enthalte, beeinflusse diese die Regelungen über die Kommunalfinanzen nicht dahin,

„dass die Länder verpflichtet wären, zunächst einmal für eine umfassende Finanzausstattung der Kommunen zu sorgen“.

Eine aus Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG hergeleitete Verpflichtung, den Kommunen eine allein an deren Aufgaben orientierte Ausstattung zu sichern, fordere den Ländern bei Wahrung ihrer eigenen Aufgabengarantie etwas Unmögliches ab.

Zudem wird ausdrücklich auf die Ausschöpfung der gesetzlich zuständigen Möglichkeiten der Kreisumlage verwiesen, die Teil der Mittel des Art. 88 Abs. 1 LV LSA seien, um für eine hinreichende Ausstattung zu sorgen<sup>75</sup>. Schließlich geht das LVerfG kurz auf BVerwGE 106, 280, 286 ein<sup>76</sup>, um zu befinden, dass es die Grenze eigener Leistungsfähigkeit dem Landesgesetzgeber gestatte, auch den Kommunen eine Verschuldung zuzumuten. Die Kommunen müssten eine Verschuldung in Kauf nehmen, weil die finanzielle Ausstattung unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes insgesamt stehe<sup>77</sup>.

Diese aus der Zeit vor Einführung der Schuldenbremse stammenden Erwägungen sind seit deren Geltung überholt.

In der von der Landesregierung Sachsen-Anhalt allein in Bezug genommenen Entscheidung vom 09.12.2012, die *nach* Neuregelung der Schuldenbremse, aber drei Monate *vor* der eine absolute finanzielle Mindestausstattung der Kommunen propagierenden Rechtsprechung des BVerwG erging, heißt es erneut, dass die Ansprüche der Gemeinden auf Sicherstellung einer angemessenen Finanzausstattung und auf Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes abhängig seien<sup>78</sup>.

An der mit Urteil vom 13.07.1999 herausgestellten Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit des Landes wird unter Wiederholung der seinerzeitigen Darlegungen

„festgehalten, auch wenn diese Beschränkung auf die Leistungsfähigkeit des Landes nicht ausdrücklich – wie in anderen Landesverfassungen – im Wortlaut des Art. 88 Abs. 1 LV enthalten ist“.

Die Mindestausstattung sei nicht

„vom Land absolut, ohne jede Rücksicht auf seine eigenen Aufgaben zu gewähren“,

stehe also unter dem Vorbehalt der Leistungskraft des Landes. Auch dürfe das Land bei einer vorzunehmenden Bedarfsanalyse

typisieren und generalisieren. Auf die Verhältnisse einzelner Gemeinden komme es nicht an.

Die autoritative Auslegung des Art. 88 Abs. 1 LV, in dem es heißt, dass das Land dafür sorgt,

„dass die Kommunen über Finanzmittel verfügen, die zur angemessenen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind“,

weicht damit fundamental von der Auslegung des Art. 28 Abs. 2 GG durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ab.

### 2. VerfGH NRW, DVBl. 2014, 918 und NWVBl. 2017, 23

Eine Verbindung zwischen den Auffassungen des BVerwG und der Verwaltungsgerichtsbarkeit einerseits und dem LVerfG LSA andererseits schaffen zwei Urteile des VerfGH NRW vom 06.05.2014<sup>79</sup> und vom 10.05.2016<sup>80</sup>, allerdings nicht dergestalt, dass der VerfGH NRW eine vermittelnde Auffassung einnimmt. Stattdessen setzt er sich ausdrücklich mit der Rechtsprechung beider Gerichte auseinander und kommt mit dem LVerfG LSA und entgegen dem BVerwG zu dem Befund<sup>81</sup>:

„Gemäß Art. 79 S. 2 LV NW ist das Land zur Gewährleistung eines übergemeindlichen Finanzausgleichs nur im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit verpflichtet. Weder aus Art. 79 S. 2 LV NW noch aus Art. 28 Abs. 2 und 3 GG ergibt sich die Pflicht zur Gewährung einer Mindestfinanzausstattung im Sinne einer absoluten Untergrenze ...“

In Rn. 33 dieses Urteils wird ausgeführt:

„Wegen der Einbindung der Gemeinden in das gesamtwirtschaftliche Gefüge der öffentlichen Haushalte kommt... im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs zur Finanzierung des bisherigen kommunalen Aufgabenbestandes der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes weiterhin wesentliche Bedeutung zu. Die Finanzausstattung, die den Gemeinden zur Gewährleistung der Selbstverwaltung bereitzustellen ist, kann nicht losgelöst von der finanziellen Lage des Landes allein nach den Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft festgesetzt werden.“

In Rn. 56 wird ergänzt:

„Auch Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es nicht, den Kommunen eine ausschließlich nach ihrer Aufgabenlast bemessene Mindestfinanzausstattung selbst dann noch zu gewähren, wenn die Haushaltssituation des Landes sogar in konjunkturellen Aufschwungphasen eine angemessene Finanzierung seiner eigenen Aufgaben nicht mehr oder nur kreditfinanziert ermöglicht“,

um in Rn. 58 ablehnend auf die seinerzeit beginnende Rechtsprechung des BVerwG einzugehen:

„Nach der Verfassungsrechtslage in Nordrhein-Westfalen ist diese Judikatur in Ansehung des Wortlauts von Art. 79 S. 2 LV NW jedenfalls nicht zutreffend.“

73 VerfGH Rh.-Pf., DVBl. 2021, 263 = Der Landkreis 2021, 31; dazu Henneke, DVBl. 2021, 216, 221 ff.

74 LVerfGE 10, 440, 463.

75 LVerfG LSA, LVerfGE 10, 440, 466.

76 LVerfGE 10, 440, 464.

77 LVerfG LSA, LVerfGE 10, 440, 466.

78 LVerfGE 23, 315 Ls. 3.

79 VerfGH NRW, DVBl. 2014, 918.

80 VerfGH NRW, NWVBl. 2017, 23.

81 VerfGH NRW, DVBl. 2014, 918 Ls. 3.

Im Urteil vom 10.05.2016<sup>82</sup> vertieft der VerfGH NRW unter ausdrücklicher mehrfacher Bezugnahme auf das LVerfG LSA einerseits und das BVerwG andererseits seine Ausführungen und hebt in Ls. 2 erneut hervor, dass das Land zur Gewährleistung eines übergemeindlichen Finanzausgleichs nur im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit verpflichtet und überdies nicht gehalten sei, den notwendigen Ausgabenbedarf für die Erfüllung aller Pflichtaufgaben und eines Minimums an freiwilligen Aufgaben betragsgemäß abzuschätzen. Die Bemessung der Finanzausgleichsmasse verstoße nur dann gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, wenn die kommunale Seite auch unter Berücksichtigung allseits kreditfinanzierter Haushalte offensichtlich nicht entsprechend ihrer Aufgabenlast an den verfügbaren Finanzmitteln beteiligt werde. Der Gesetzgeber müsse sich allerdings<sup>83</sup>

„um eine möglichst realitätsgerechte Ermittlung des Aufwands zur Erfüllung kommunaler Aufgaben bemühen und auf erkennbare Belastungsverschiebungen im Bereich kommunaler Pflichtaufgaben reagieren ... Dabei ist nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber die Verteilungsmaßstäbe nicht an der einzelnen Gemeinde, sondern generalisierend und pauschalierend an der Gesamtheit der Gemeinden ausrichtet.“

Auch zu Art. 28 Abs. 2 GG positioniert sich der VerfGH NW eindeutig<sup>84</sup>:

„Auch Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es nicht, den Kommunen eine ausschließlich nach ihrer Aufgabenlast bemessene Mindestfinanzausstattung unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Landes zu gewähren.“

Unter Berufung auf das LVerfG LSA<sup>85</sup> ergänzt er<sup>86</sup>:

„Eine Verpflichtung der Länder, ungeachtet der eigenen finanziellen Leistungsfähigkeit zunächst für eine Finanzausstattung der Kommunen in Orientierung an deren Aufgaben zu sorgen, würde den Ländern notfalls Unmögliches oder eine Einschränkung bei der Wahrnehmung ihrer eigenen – gleichfalls verfassungsrechtlich garantierten – Aufgaben abverlangen.“

Er fährt – unter erneuter Berufung auf das LVerfG LSA – fort<sup>87</sup>:

„Der VerfGH NW sieht sich danach mit Blick auf bundesverfassungsrechtliche Vorgaben nicht veranlasst, Art. 79 S. 2 LV NW einschränkend dahingehend auszulegen, dass der dort normierte Leistungsfähigkeitsvorbehalt für den allgemeinen kommunalen Finanzausgleich zum Schutz eines Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung unterhalb einer absolut bestimmten Mindestfinanzausstattungsgrenze nicht mehr gelten soll.

Zu einer Korrektur dieser Auffassung sieht sich der VerfGH NW weiterhin nicht aufgrund der Entscheidung des BVerwG vom 31.01.2013<sup>88</sup> veranlasst. Regelungen, die kommunalen Finanzausweisungen unter einen Leistungsfähigkeitsvorbehalt zu stellen, sind von dem Gestaltungsspielraum gedeckt, den das Grundgesetz den Landesverfassungsgesetzgebern belässt<sup>89</sup>.“

## V. Fazit

Angesichts des jahrzehntelangen Zögerns des Bundesverfassungsgerichts, sich hinsichtlich des finanzausstattungsbezoge-

nen Inhalts von Art. 28 Abs. 2 GG zu klaren Festlegungen durchzuringen, war es 2013 sehr zu begrüßen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht dieser Aufgabe angenommen und Art. 28 Abs. 2 GG eine absolute Garantie der aufgabenbezogenen finanziellen Mindestausstattung der Gemeinden und Kreise entnommen und diese definiert hat, die das jeweilige Land „im Gesamt seines Regelwerks“ zu gewährleisten hat. Diese Rechtsprechung ist inzwischen sowohl in materieller wie auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht in den letzten elf Jahren sehr verfeinert worden.

Die offenkundige Schwäche dieses Ansatzes liegt darin, dass dem BVerwG nicht die Wirkmacht verliehen ist, diese Konzeption für Gemeinden und Kreise gleichermaßen gegenüber dem verpflichteten Land durchzusetzen, sondern es nur im kreisangehörigen Raum die Kreise zur Wahrung des materiell-rechtlichen Anspruchs der kreisangehörigen Gemeinden – nicht zuletzt durch flankierende Verfahrensvorgaben – verpflichten kann, ohne seinerseits den Kreisen bei der Durchsetzung ihrer parallelen Ansprüche gegen das Land Hilfe leisten zu können.

Wenn sich einzelne Länder durch den Wortlaut der Landesverfassungen gedeckt – wie u. a. in Nordrhein-Westfalen – oder durch die autoritative Auslegung des Landesverfassungsgerichts wie in Sachsen-Anhalt und Rheinland-Pfalz dagegen landesrechtlich auf den Vorbehalt der eigenen Leistungsfähigkeit zurückziehen können, geraten die Landkreise – wie insbesondere in Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt geschehen – in ein bisher nicht aufgelöstes Finanzierungsdilemma zwischen eigenen Wahrungspflichten gegenüber den kreisangehörigen Gemeinden und der Nichtdurchsetzbarkeit eines eigenen Leistungsanspruchs auf Mindestausstattung gegenüber dem Land.

Die Auflösung dieses Dilemmas kann nur durch das Bundesverfassungsgericht erfolgen, wenn dieses seine in BVerfGE 147, 185 entwickelte Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 2 GG als Durchgriffsnorm für in ganz Deutschland einheitlich geltende Mindeststandards bürgerschaftlicher Selbstbestimmung<sup>90</sup> auch auf die grundgesetzlich gebotene kommunale Mindestfinanzausstattung überträgt – und zwar auch, um einen Wegdrückungsmechanismus von Verschuldung durch das Land und damit ein Unterlaufen des strukturellen Nettoneuverschuldungsverbots der Länder nach Art. 109 Abs. 3 Satz 1 und 5 GG zu verhindern.

Tut es dies, sind Art. 88 S. 1 LV LSA und Art. 49 Abs. 6 LV RhPf dem Wortlaut entsprechend auszulegen und sind die über den Wortlaut hinaus einschränkenden Auslegungen dieser Bestimmungen durch das LVerfG LSA und den VerfGH RhPf obsolet geworden.

Art. 79 Satz 2 LV NW ist dagegen grundgesetzkonform auszulegen, wie dies bei Art. 78 Abs. 1 und 2 LV NW bereits geschieht.

Tut das BVerfG dies nicht, bricht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum materiellen Gehalt des Art. 28 Abs. 2 GG – wie 1988 bereits bei „Rastede“ – wie ein Kartenhaus zusammen – und mit ihr auch die ausdifferenzierte Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsunmittelbar von der Verwaltungsrechtsprechung entnommenen Verfahrenspflichten.

82 VerfGH NRW, NWVBl. 2017, 23.

83 VerfGH NRW, NWVBl. 2017, 23, 25 f.

84 VerfGH NRW, NWVBl. 2017, 23, 28 f.

85 LVerfG LSA, DVBl. 2012, 1560, 1561.

86 VerfGH NRW, NWVBl. 2017, 23, 28.

87 VerfGH NRW, NWVBl. 2017, 23, 29.

88 BVerwGE 145, 378 und nunmehr auch BVerwGE 152, 188.

89 Vgl. VerfGH NRW, DVBl. 2014, 918; s.a. LVerfG LSA, DVBl. 2012, 1560, 1561.

90 BVerfGE 147, 185 Rn. 54.

# Kategoriale Unterschiede zwischen Zielen und Grundsätzen der Raumordnung? – Ein Beitrag zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Raumordnungsplänen in Nordrhein-Westfalen

Von Prof. Dr. Martin Beckmann, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Münster

*Für die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung des Landes Nordrhein-Westfalen ist seine Landes- und Regionalplanung von sehr hoher Bedeutung. NRW ist nicht nur das größte, sondern auch das am dichtesten besiedelte Flächenland in Deutschland. Seine Landes- und Regionalplanung muss unterschiedlichsten Ansprüchen an den knapper werdenden Raum und divergierenden Nutzungsinteressen gerecht werden, muss dem ungebremsten Flächenverbrauch entgegenreten und dem Klimawandel und den Erfordernissen der Klimaanpassung hinreichend Rechnung tragen. Die Landes- und Regionalplanung ist allerdings angesichts komplexer Vorgaben des Umwelt- und Planungsrechts und der von der Rechtsprechung aus dem Abwägungsgebot des § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG abgeleiteten hohen Anforderungen an die Planungsträger fehleranfällig. Das galt immer schon für die Inzidentprüfung von Raumordnungsplänen, gilt aber umso mehr seitdem der Landesgesetzgeber 2019 die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gegen Raumordnungspläne eröffnet hat. 75 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen geben Anlass, auf einige Entwicklungen und Entscheidungen zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Raumordnungsplänen in Nordrhein-Westfalen zu blicken.*

## A. Einführung

Die Präambel der Landesverfassung (LaVerf NRW) lautet: „In Verantwortung vor Gott und den Menschen, verbunden mit allen Deutschen, erfüllt von dem Willen, die Not der Gegenwart in gemeinschaftlicher Arbeit zu überwinden, dem inneren und äußeren Frieden zu dienen, Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlstand für alle zu schaffen, haben sich die Männer und Frauen des Landes Nordrhein-Westfalen diese Verfassung gegeben.“ Vor allem für die Sicherung von Freiheit und Gerechtigkeit im Sinne dieser Präambel war die frühzeitige Einrichtung unabhängiger Verwaltungsgerichte 1948 und damit schon zwei Jahre nach der Gründung des Landes im August 1946 von zentraler Bedeutung.<sup>1</sup> Die westlichen Alliierten führten die nationalsozialistische Gewaltherrschaft unter anderem auf eine unzureichende rechts- und gerichtsförmige Kontrolle der öffentlichen Gewalt zurück und beförderten deshalb eine starke gerichtliche Verwaltungskontrolle als „antitotalitäre Bastion.“<sup>2</sup> Nach Art 74 Abs. 1 der am 11.07.1950 in Kraft getretenen Landesverfassung kann der jeweils Betroffene „gegen die Anordnungen, Verfügungen und Unterlassungen der Verwaltungsbehörden die Entscheidung der Verwaltungsgerichte anrufen. Die Verwaltungsgerichte haben zu prüfen, ob die beanstandete Maßnahme dem Gesetz entspricht und die Grenze des pflichtgemäßen Ermessens nicht überschreitet.“<sup>3</sup> Die sieben Verwaltungsgerichte des Landes und das OVG NRW sichern nicht nur den nach Art. 19 Abs. 4 GG unverzichtbaren Rechtsweg gegen Rechtsverletzungen durch den Staat;<sup>4</sup> vielmehr war und ist der Zugang zu einem effektiven Verwaltungsrechtsschutz auch Grundvoraussetzung für den in der Präambel der Landesverfassung angesprochenen inneren Frieden und nicht zuletzt auch für die Erfüllung des Anspruchs der Präambel, die „Not der Gegenwart“ in gemeinschaftlicher Arbeit überwinden und „Wohlstand für alle“ schaffen zu wollen.

## B. Wachsende Bedeutung der Landes- und Regionalplanung in Nordrhein-Westfalen

Für die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung des Landes war und ist auch die Landes- und Regionalplanung von hoher und sogar im Laufe der Zeit noch gestiegener Bedeutung.

Nordrhein-Westfalen ist das am dichtesten besiedelte Flächenland in Deutschland. Deshalb muss die Landes- und Regionalplanung in NRW unterschiedlichste Ansprüche an den Raum und divergierende Nutzungsinteressen steuern. Die Zunahme der Flächeninanspruchnahme für Siedlung und Verkehr lag ausweislich eines LANUV-Flächenberichts aus dem Jahr 2021 in NRW im Jahr 2018 bei 5,2, im Jahr 2019 bei 8,1, im Jahr 2020 bei 5,7 und im Jahr 2021 bei 5,4 ha pro Tag. Die Gesamt-

- <sup>1</sup> Zur Entstehung des Bundeslandes und der LaVerf NRW siehe *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 1 Rn. 3 ff.; *Grimm*, Verfassungsrecht, in: Grimm/Papier, Nordrhein-Westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, S. 6 ff.
- <sup>2</sup> *Buchheim/Möllers*, Gerichtliche Verwaltungskontrolle als Steuerungsinstrument, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, § 46 Rn. 7.
- <sup>3</sup> Zur Entstehung der Landesverfassung siehe ebenfalls *Dietlein*, Fn. 1, § 1 Rn. 4 ff.; *Peters*, Die Verfassung von Nordrhein-Westfalen, DVBl. 1950, 449; zur Bedeutung von Art 74 LaVerf NRW und zum Verhältnis zu § 40 VwGO *Heusch*, in: Heusch/Schönenbroicher, Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2020, Art. 74 Rn. 1 ff.; eröffnet worden war der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz schon zwei Jahre vor dem Inkrafttreten der Landesverfassung und zwei Jahre nach der Gründung des Landes durch die Generalklausel einer Verordnung der Britischen Militärregierung vom 15.09.1948; am 30.07.1949 trat dann die Verordnung über die Errichtung des Obergerichtswegs mit Sitz in Münster und der sieben Verwaltungsgerichte vom 06.07.1949 (GVBl. NRW S. 196) in Kraft, siehe dazu *Bertrams*, Die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit – Versuch einer Bestandsaufnahme anlässlich ihres 50. Geburtstages, NWVBl. 1999, 245; *Keller*, 70 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in NRW – Paulus van Husen und das richterliche Selbstverständnis heute, in: Gärditz/Keller/Niesler, Der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Seibert, 2020, 187; *Franßen*, 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1998, 413; zum VerfGH NRW siehe auch *Bertrams*, 60 Jahre Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2012, 81; zur historischen Entwicklung der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit *Buchheim/Möllers*, Fn. 2, § 46 Rn. 2.
- <sup>4</sup> Zu den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG an die Effektivität des Rechtsschutzes siehe BVerfG, Beschl. v. 21.03.2023 – 2 BvL 3/19, juris Rn. 13; *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 19 GG Rn. 143; *Schoch*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 2021, § 22 Rn. 2 ff.; siehe auch *Beckmann*, Gerichtliche Vollprüfung und zeitgerechter Rechtsschutz – Gegenläufige Maximen des Verwaltungsprozessrechts?, DÖV 2019, 773; *Beckmann*, Effektiver Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten? – Zur Rolle der Anwaltschaft im Verwaltungsrechtsstreit, DVBl. 2019, 1172.

fläche des Landes beträgt 34 112 km<sup>2</sup>. Der Anteil der Landwirtschaftsflächen lag 2021 noch bei 46,9 % und der von Wäldern bei 24,8 %. Der Siedlungsflächenanteil lag bei 16,8 %, Verkehrsflächen nahmen 7,0 % der Landesfläche ein. Dem kontinuierlichen „Flächenverbrauch“ und der zunehmenden Versiegelung von Flächen muss vor allem mit Hilfe des Freiraumschutzes der Landes- und Regionalplanung Einhalt geboten werden.<sup>5</sup> Nicht zuletzt gewinnt die Landes- und Regionalplanung hohe Bedeutung für die Energiewende hin zu regenerativer Energieerzeugung, für den Klimaschutz und für die Anpassung an den Klimawandel.<sup>6</sup>

Zutreffend weist allerdings die Akademie für Räumliche Entwicklung in der Leibniz-Gemeinschaft (ARL) darauf hin, dass die Regionalplanung aktuell durch eine Regelung in § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB eher geschwächt als gestärkt wird, soweit danach einem privilegierten Vorhaben für die Windenergienutzung zukünftig Ziele der Raumordnung nicht mehr entgegengehalten werden können, wenn und solange der zu erreichende Flächenbeitragswert für Windenergieanlagen noch verfehlt wird.<sup>7</sup> Befürchtet wird, dass damit die Durchsetzungskraft anderer der Raumplanung, insbesondere von Vorranggebietsfestlegungen, etwa solchen für den Rohstoffabbau, und anderer Flächen, an deren Nutzung oder Freihaltung ein hohes öffentliches Interesse bestehen kann, gefährdet wird.<sup>8</sup> Dieser Einwand ist berechtigt; eine ähnliche Schwächung der Raumplanung wird durch die 2023 in Kraft getretene Änderung des § 6 ROG befürchtet, wonach einer beantragten Abweichung von einem Ziel der Raumordnung stattgegeben werden soll (statt kann), wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 ROG dafür vorliegen.<sup>9</sup>

Nach § 1 Abs. 2 des nahezu zeitgleich zur Landesverfassung im Jahre 1950 verkündeten Landesplanungsgesetzes (LPIG) ist die Landes- und Regionalplanung eine gemeinschaftliche Aufgabe von Staat und Selbstverwaltung. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 ROG sind der Gesamttraum der Bundesrepublik Deutschland und seine Teilräume durch Raumordnungspläne, durch raumordnerische Zusammenarbeit und durch Abstimmung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen zu entwickeln, zu ordnen und zu sichern. Dabei sind unterschiedliche Anforderungen an den Raum aufeinander abzustimmen und die auf der jeweiligen Planungsebene auftretenden Konflikte auszugleichen; außerdem ist Vorsorge für einzelne Nutzungen und Funktionen des Raums zu treffen. Leitvorstellung von Raumordnung und Landesplanung ist nach § 1 Abs. 2 ROG eine nachhaltige Raumentwicklung, die die sozialen und wirtschaftlichen Ansprüche an den Raum mit seinen ökologischen Funktionen in Einklang bringt und zu einer dauerhaften, großräumig ausgewogenen Ordnung mit gleichwertigen Lebensverhältnissen in den Teilräumen führt. Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 ROG sind in den Ländern und somit auch in NRW ein Raumordnungsplan für das Landesgebiet (landesweiter Raumordnungsplan) und Raumordnungspläne für die Teilräume der Länder (Regionalpläne) aufzustellen.

Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle dieser Raumordnungspläne hat zwar in den ersten Jahrzehnten nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs in NRW noch keine besonders hervorgehobene, etwa mit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Bebauungsplänen vergleichbare Rolle gespielt.<sup>10</sup> Das lag nicht zuletzt daran, dass das Land NRW erst sehr spät, nämlich zu Beginn des Jahres 2019, von der in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO den Landesgesetzgebern eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle zur Überprüfung eines Raumordnungsplans für statthaft zu erklären. Die Rechtmäßigkeit von Raumordnungsplänen konnte aber auch zuvor schon inzident vor allem bei der Normenkontrolle von Bebauungsplänen und der Genehmigung von Vorhaben relevant sein, deren Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit von der

Rechtmäßigkeit eines Raumordnungsplans abhängen kann und an den sich nach § 1 Abs. 4 BauGB Bauleitpläne anpassen wol-

- 5 Siehe dazu *Nedden*, Wohnraumvorsorge und Freiraumschutz: Stand und Perspektiven, ZUR 2022, 74; *Kilpmann*, Steuerung der Wohnraumvorsorge und des Freiraumschutzes durch das Bauplanungsrecht, ZUR 2022, 81; *Beckmann*, Die nachhaltige Stadt der Zukunft, AnwBl. 2022, 49; *Grotefels*, Bebauungspläne nach § 13 b BauGB versus Boden- und Flächenschutz, UPR 2018, 321; *Szczekalla*, Der Kampf gegen Flächenverbrauch und die vorläufige Antwort des Baugesetzgebers, DVBl. 2013, 287; *Apold*, Freiraumschutz – Möglichkeiten der zielförmigen Ausgestaltung durch die Landesplanung, DVBl. 1989, 178; nicht nur in dicht besiedelten Bereichen und den Zentren der Städte, sondern auch im land- und forstwirtschaftlich geprägten Außenbereich werden zunehmend Flächendruck und Flächenkonkurrenzen spürbar. Der Bericht der Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe zu Sand und Kies in Deutschland aus Dezember 2022 macht darauf aufmerksam, dass die Nachfrage nach landwirtschaftlich nutzbaren Flächen steigt, dass im Außenbereich Ausgleichsflächen nicht nur für Rohstoffgewinnungsvorhaben, sondern auch für eine Vielzahl von Infrastrukturvorhaben benötigt werden und dass zunehmend Flächen des Außenbereichs für Anlagen der regenerativen Energie benötigt werden. Flächendruck und Flächenkonkurrenzen führen insoweit nicht nur zu steigenden Preisen für landwirtschaftlich genutzte Grundstücke im Außenbereich, sondern tendenziell auch zu einer abnehmenden Bereitschaft von Landwirten, Grundstücke für Zwecke der Rohstoffgewinnung zu verkaufen (Elsner, Sand und Kies in Deutschland, Bericht herausgegeben von der Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, Hannover, Dezember 2022, S. 60).
- 6 *Beckmann*, Raumordnungsrecht, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, 2024, Rn. 49 ff.; *Sauthoff*, Raumordnung und Bauleitplanung, in: Rodi, Handbuch Klimaschutzrecht, 2022, S. 257 ff.; *Sauthoff*, Klimaschutz in der Raumordnung, ZUR 2021, 140; *Köck*, Klimaanpassung in der Regionalplanung, ZUR 2023, 266; *Beckmann*, Der Schutz der Wälder durch den Landesentwicklungsplan NRW beim beschleunigten Ausbau erneuerbarer Energien, NuR 2023, 289; siehe dazu das Positionspapier der ARL zum Thema Neue Planungsgrundlagen für Erneuerbare Energien, 2024, S. 3, das dafür plädiert, die regionalen Planungsträger und nicht die Kommunen oder die Träger der Landesplanung zu beauftragen, zur Umsetzung der Flächenbeitragswerte die notwendigen Flächen zu sichern, ein Rat, der in Nordrhein-Westfalen befolgt wird.
- 7 Mit dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG), das am 01.02.2023 in Kraft getreten ist, hat der Bund den Ländern verbindliche Vorgaben gemacht, wie viel Flächen sie für den Ausbau der Windenergie bereitstellen müssen. Der Flächenbeitragswert für NRW beträgt bis zum Ende des Jahres 2027 1,1 % der Landesfläche (37.524 ha) und bis zum Ende des Jahres 2032 1,8 % der Landesfläche (61.402 ha). Diese Flächen sollen regionalplanerisch gesichert werden.
- 8 ARL, Fn. 6, S. 4; eine zusätzliche Funktionsbeeinträchtigung der Raumordnung ergibt sich aus § 249 Abs. 7 Nr. 2 BauGB, wonach sobald und solange nach Ablauf des jeweiligen Stichtages gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG weder der Flächenbeitragswert nach Spalte 1 oder Spalte 2 der Anlage zum WindBG noch ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder Satz 2 WindBG erreicht wird, Darstellungen in Flächennutzungsplänen, Ziele der Raumordnung sowie sonstige Maßnahmen der Landesplanung Windenergieanlagen nicht entgegengehalten werden können.
- 9 Dazu *Beckmann*, Ausnahmen und Abweichungen von Zielen der Raumordnung – Effektive Instrumente eines neuen „Deutschlandtempo“, EuRUP 2024 (Heft 1); *Beckmann*, Über Sinn und Unsinn der Einführung einer Soll-Pflicht zur Gestattung von Zielabweichungen durch Änderung des § 6 Abs. 2 ROG, BauR 2023, 18; *Kümper*, Neues zur Abweichung von den Zielen der Raumordnung, ZfBR 2023, 531; der Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung des Landesplanungsgesetzes sieht deshalb begrüßenswerter Weise eine Abweichung davon vor, die es für NRW hinsichtlich der Zielabweichung bei der bisherigen Regelung belässt (LT-Drs. 18/7534 v. 2023).
- 10 Zur Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Plankontrolle *Buchheim/Möllers*, Fn. 2, § 46 Rn. 122; *Hoppe*, Planung und Pläne in der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, in: Erichsen/Hoppe/von Mutius, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Menger, 1985, 747; *Kment*, Rechtsschutz im Hinblick auf Raumordnungspläne, Münster 2002; *Weidemann*, Gerichtlicher Rechtsschutz der Gemeinden gegen regionale Raumordnungspläne, Münster 1983; *Köck*, Pläne und andere Formen des prospektiven Verwaltungshandelns, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., 2022, § 36 Rn. 124 ff.; *Hinzen*, Plankontrolle durch Umweltverbände, Berlin 2023; zur historischen Entwicklung des Planungssystems in Nordrhein-Westfalen siehe *Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung, Bd. II, 1978, 94; *Hoppe*, Das Recht der Raumordnung und Landesplanung in Nordrhein-Westfalen, in: Grimm/Papier, Nordrhein-Westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, S. 305 ff.

len und müssen.<sup>11</sup> Dass die verwaltungsgerichtliche Überprüfung der für die Landesentwicklung maßgeblichen Raumordnungspläne zunehmend an Bedeutung gewinnt, mögen beispielhaft besonders langwierige Rechtsstreitigkeiten um die der Regionalplanung zuzurechnenden Braunkohlenpläne für die Tagebaue Hambach, Garzweiler II und Inden<sup>12</sup> und der fast endlos erscheinende Verwaltungsprozess um das Steinkohlekraftwerk Datteln IV belegen.<sup>13</sup>

### I. Die unendliche Prozessgeschichte des Steinkohlekraftwerks Datteln IV

Die beispielhaft zu erwähnende, obwohl eher unrühmliche Prozessgeschichte des Steinkohlekraftwerks Datteln IV ist ziemlich lang. Sie belegt eine besondere Komplexität und erhebliche Probleme auch der gerichtlichen Inzidentkontrolle von Raumordnungsplänen.<sup>14</sup> Schon im Jahre 2009 hatte das OVG NRW wohl zu Unrecht dem für das Kraftwerk aufgestellten Bebauungsplan eine Rechtswidrigkeit unter anderem deshalb attestiert, weil die Stadt Datteln entsprechend ihrer Verpflichtung gem. § 1 Abs. 4 BauGB ihren Bebauungsplan an ein Ziel des maßgeblichen Regionalplans angepasst hatte. Dieser sollte aber nach unzutreffender Ansicht des OVG NRW und entgegen der Auskunft der Landesplanungsbehörde mit dem Landesentwicklungsplan unvereinbar gewesen sein, weil der Landesentwicklungsplan einen anderen Kraftwerksstandort landesplanerisch gesichert hatte und dafür nach Meinung des OVG NRW ein „positives Darstellungsprivileg“ in Anspruch genommen haben sollte, das die Errichtung und den Betrieb eines solche Kraftwerks andernorts im Plangebiet vermeintlich ausschloss. Der entsprechende Leitsatz des OVG NRW lautete: „Der Landesentwicklungsplan (LEP) NRW legt im Norden der Stadt Datteln zeichnerisch den Standort eines Kraftwerks als Ziel der Raumordnung fest. Hieran nicht angepasst nach § 1 Abs 4 BauGB und damit unwirksam ist ein Bebauungsplan, der den Standort für ein Steinkohlekraftwerk ... ca. 5 km südlich davon in der Nähe von Wohnbebauung festsetzt.“<sup>15</sup> Zutreffend ist dem unter anderem entgegengehalten worden, nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und völlig unbestritten in Literatur und Rechtsprechung werde mit der Festlegung eines Vorranggebiets ausschließlich eine innergebietliche Wirkung ausgelöst, die innerhalb des Vorranggebiets Nutzungen ausschließe, die der mit Vorrang versehenen Nutzung entgegenstünden. Eine außergebietliche Ausschlusswirkung ergebe sich daraus nicht.<sup>16</sup> Es handelte sich nämlich nicht um eine Vorranggebietsfestlegung mit der Wirkung eines Eignungsgebiets oder einer sonstigen Ausschlusswirkung.

14 Jahre nach diesem Urteil des OVG NRW, nach aufwendigen Heilungsverfahren auf der Ebene der Regional- und der Bauleitplanung und drei Jahre nach der Inbetriebnahme des Kraftwerks im Jahr 2020 hatte das BVerwG erneut Gelegenheit, sich mit dem Steinkohlekraftwerk Datteln zu befassen. Am 07.12.2023 entschied das BVerwG, dass das OVG NRW den Bebauungsplan für das Kraftwerk Datteln IV erneut, allerdings mit rechtlich nicht tragfähigen Erwägungen für unwirksam erklärt hatte. Das OVG NRW sei in seinem Urteil v. 26.08.2021 zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Standortalternativenprüfung für das Kraftwerk im Regionalplan fehlerhaft sei und die angenommenen Mängel unmittelbar auf die bauleitplanerische Abwägung durchschlagen würden. Das OVG NRW habe den Bebauungsplan auf die Normenkontrollanträge eines Umweltverbands, von Anwohnern und einer Nachbargemeinde für unwirksam erklärt, weil dieser an einem erheblichen Abwägungsmangel leide. Rechtsfehler bei der regionalplanerischen Standortfestlegung schlugen auf die bauplanungsrechtliche Abwägung durch. Ein Verfahrensfehler der Umweltpflichtprüfung ergebe sich daraus, dass der Regionalverband Ruhr für die Ermittlung von Standortalternativen ausschließlich den räumlichen Gel-

tungsbereich des geänderten Regionalplans und nicht seinen gesamten Zuständigkeitsbereich betrachtet habe. Zum anderen seien Kriterien für geeignete Alternativstandorte zugrunde gelegt worden, welche die Alternativenprüfung unzulässig eingeschränkt hätten. Diese Verfahrensfehler der Umweltpflichtprüfung und ein aus ihnen folgender Mangel der regionalplanerischen Abwägung seien auch im Rahmen der Normenkontrolle des Bebauungsplans beachtlich.<sup>17</sup> Das BVerwG ist dem nicht gefolgt. Es hat das Urteil des OVG NRW aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Bei der regionalplanerischen Standortfestlegung handele es sich nicht um ein Ziel, sondern lediglich um einen Grundsatz der Raumordnung; sie sei folglich bei der Abwägung zu berücksichtigen. Eine darauf bezogene Prüfung habe das OVG NRW nicht vorgenommen. Zu Unrecht habe das OVG NRW angenommen, dass der Suchraum für alternative Standorte auf den gesamten Zuständigkeitsbereich des Regionalverbands Ruhr zu erstrecken sei.<sup>18</sup> Ausgang und zeitlicher

11 Siehe z. B. OVG NRW, Urt. v. 21.04.2023, BauR 2023, 1203 zur Unwirksamkeit eines Bebauungsplans wegen seiner Unvereinbarkeit mit Nr. 6.5-2 LEP NRW; OVG NRW, Urt. v. 27.02.2023, BauR 2023, 1064; verfassungsrechtlich zwingend mit Blick auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG war die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle für Raumordnungspläne in NRW nicht, siehe *Hoppe*, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 47 Rn. 3; BVerwG, Beschl. v. 30.08.2013, NVwZ-RR 2013, 1014; die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle war schon vor ihrer Einführung in § 47 VwGO 1960 nach § 25 süddeutscher Verwaltungsgerichtsgesetze zulässig, siehe BT-Drs. 3/55, S. 33; *Hoppe*, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 47 Rn. 1.

12 Zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Braunkohlenplänen am Maßstab der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie siehe VerfGH NRW, Urt. v. 25.10.2011, NWVBl. 2012, 103; VerfGH NRW Urt. v. 09.06.1997, NWVBl. 1997, 333 zum Braunkohlentagebau Garzweiler II; siehe dazu *Beckmann*, Der Braunkohlenplan Garzweiler II als Bewährungsprobe für das Recht der Braunkohlenplanung in NRW, Städte- und Gemeinderat 1996, 269; zum Urteil des BVerwG zum Braunkohlentagebau Garzweiler II v. 17.12.2013; NVwZ 2014, 211, siehe *Beckmann*, Öffentlichkeitsbeteiligung vor der Zulassung bergbaulicher Vorhaben, UPR 2014, 206; *Dietlein*, Aktuelle Entwicklungen der Enteignungsdogmatik – Eine Bestandsaufnahme nach der Garzweiler-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2013, AUR 2015, 167; *Becker-Berke*, Anwendung und Umsetzung des Garzweiler II-Urteils des Bundesverfassungsgerichts in der Praxis des Braunkohlentagebaus im Rheinischen Revier, EnWZ 2015, 9.

13 Zum Rechtsstreit um das Steinkohlekraftwerk Datteln IV siehe *Reidt*, „Die unendlichen Geschichte von Datteln IV“, UPR 2022, 81; *Beckmann*, Planungsziel und „in Betracht kommende anderweitige Planungsmöglichkeiten“ in der Regionalplanung – Anmerkungen auch zu den Urteilen des OVG NRW v. 26.08.2021 zum Kraftwerk Datteln 4, DVBl. 2022, 809; *Schink*, Anforderungen an Alternativenprüfungen, UPR 2022, 206; *Enderle/Thaysen*, Geht in NRW das Licht aus?, UPR 2012, 173; *Appel*, Die Bindungswirkungen des Raumordnungsrechts für nachfolgende Planungs- und Genehmigungsverfahren, UPR 2011, 161; *Goppel*, Anmerkung zur Rechtsprechung hinsichtlich der Wirksamkeit eines Bebauungsplans für ein Steinkohlekraftwerk in Nordrhein-Westfalen, DVBl. 2009, 1592. Zur Unwirksamkeit von Änderungen des LEP NRW siehe jüngst auch OVG NRW, Urt. v. 21.03.2024 – 11 D 133/20.NE.

14 Zur gebotenen „Wissenschaftlichkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit am Beispiel des zeitlich parallel geführten Rechtsstreits um das Steinkohlekraftwerk Lünen siehe *Durner*, Kontrollauftrag und Wissenschaftlichkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Gärditz/Keller/Niesler, Der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Seibert, 2020, 95; angesichts solcher Verfahrensdauern könnte sich die Frage stellen, ob der Gesetzgeber einen Rechtsformwechsel regeln könnte, wonach Raumordnungspläne wie Planfeststellungsbeschlüsse mit einem anfechtbaren Verwaltungsakt beschlossen bzw. genehmigt werden, bei dessen Bestandskraft der Plan unanfechtbar wird.

15 OVG NRW, Urt. v. 03.09.2009, DVBl. 2009, 1385.

16 Ausführlich zur berechtigten Kritik an der raumordnerischen Begründung dieses Urteils des OVG NRW *Goppel*, Fn. 13, 1592; in dem sich an das Urteil des OVG NRW anschließenden Revisionsverfahren sah das BVerwG keine Notwendigkeit, sich mit den raumplanerischen Ausführungen des OVG NRW zu befassen, weil die Revision aus anderen Gründen nach Ansicht des BVerwG unbegründet war; siehe dazu jetzt auch BVerwG, Urt. v. 07.12.2023 – 4 CN 6/22, juris Rn. 30.

17 OVG NRW, Urt. v. 26.08.2021, UPR 2022, 25; kritisch dazu *Beckmann*, Fn. 13, DVBl. 2022, 809.

18 BVerwG, Urt. v. 07.12.2023 – 4 CN 4.22, juris Rn. 21 f.

Verlauf der Rechtsstreitigkeiten um das Kraftwerk sind somit auch 15 Jahre nach dem Urteil des OVG NRW aus dem Jahre 2009 und 17 Jahre nach Baubeginn im Jahre 2007 weiterhin offen. Das ist für sich genommen und unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ein Ärgernis. Vorhabenträger, die angesichts solcher Verfahrensabläufe noch auf eine sofort vollziehbare Genehmigung in einer derart komplexen Planungssituation vertrauen und mit dem Bauvorhaben beginnen wollen, brauchen auch bei noch so guter Rechtsberatung Mut und Risikobereitschaft. Das ist bei einem Investitionsvolumen von etwa 1,5 Mrd. € wie beim Kraftwerk Datteln IV, nicht selbstverständlich zu erwarten.

## II. Konzentrationszonenplanung für Windenergie und Bodenschätze

Die besondere Bedeutung der verwaltungsgerichtlichen Plankontrolle für die Landesentwicklung erweist sich auch im Zusammenhang mit Konzentrationszonen von Regionalplänen für den Abbau von Bodenschätzen und für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen. Die von den Verwaltungsgerichten, insbesondere aber vom BVerwG, bei ihrer Plankontrolle entwickelten Anforderungen blieben in der Planungspraxis weitgehend unverstanden, führten zu einer hohen Fehleranfälligkeit der Konzentrationszonenplanung bei der Gerichtskontrolle und veranlassten deshalb weitreichende Änderungen des BauGB (§§ 35, 249, 245 e BauGB) und durch das WindBG, mit denen die weitgehend unverstanden gebliebene Verwaltungsrechtsprechung korrigiert werden sollte.<sup>19</sup> Allerdings sind die planungsrechtlichen Sonderregelungen für Windenergieanlagen in § 249 BauGB ihrerseits komplex; sie werden ergänzt durch ebenfalls durchaus komplizierte Überleitungsvorschriften in § 245 e BauGB. Deshalb wird wohl zu Recht befürchtet, dass auch die Neuregelungen zur Windenergie in der Praxis wiederum zu neuen Unklarheiten und rechtlichen Konflikten führen.<sup>20</sup>

Für die Gewinnung von Bodenschätzen in Nordrhein-Westfalen, insbesondere für den Abbau von Lockergestein (Kies, Kiessand und Sand) am Niederrhein sind mehrere, im Wesentlichen inhaltsgleiche Urteile des OVG NRW vom 03.05.2022 von erheblicher Bedeutung, mit denen der Landesplanung bescheinigt wurde, abwägungsfehlerhaft Versorgungszeiträume für die Rohstoffgewinnung verlängert zu haben. Der Verlängerung dieser Versorgungszeiträume hätte nach der Rechtsprechung des OVG NRW eine umfassende Abwägung im Sinne der Ermittlung und Bewertung der davon berührten Belange mit der erforderlichen Ermittlungstiefe und Abwägungsdichte vorausgehen müssen. Diesen Maßgaben sei die Abwägung jedoch nicht gerecht geworden. Die Landesplanung hatte sich mehr oder weniger damit begnügt, die politische Vorgabe einer Koalitionsvereinbarung der damaligen Regierungsparteien von CDU und FDP unreflektiert umzusetzen. Mit Blick auf den Verstoß gegen das Abwägungsgebot gem. § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG hat das OVG NRW in den Urteilen vom 03.05.2022 ausdrücklich offengelassen, ob die dazu vorgetragene Kritik, die beanstandeten Planaussagen beruhten auch auf einer unzureichenden Umwelt- und Klimafolgenprüfung nach § 8 ROG, berechtigt ist.<sup>21</sup>

Da die Urteile des OVG NRW vom 03.05.2022 lediglich Änderungen von Planaussagen des geltenden Landesentwicklungsplans betrafen, blieben klärungsbedürftige Fragen nach der Rechtmäßigkeit der Planaussagen 9.2-2 und 9.2-3 LEP NRW zur Rohstoffgewinnung, insbesondere zur Einordnung der maßgeblichen Planaussagen als Ziele der Raumordnung, zur Abwägungsfehlerhaftigkeit dieser Planaussagen und zur Bedeutung des Abgrabungsmonitorings des Geologischen Dienstes des Landes offen. Vieles spricht dafür, dass landes- oder regionalplanerisch festgelegte Versorgungszeiträume als Vorgabe für bedarfsgerechte Vorranggebietsfestlegungen von der Landespla-

nung nur auf der Grundlage einer Abwägung auch mit gegenläufigen Belangen, insbesondere solchen des Umwelt- und Klimaschutzes, den Trägern der Regionalplanung und der Bauleit- und Fachplanung verbindlich vorgegeben werden dürfen. Sieht sich die Landesplanung zu einer solchen Abwägung nicht in der Lage, muss sie den nachfolgenden Planungsebenen entsprechende Abwägungsspielräume belassen. Eine verbindliche Vorgabe des LEP NRW für die nachfolgenden Planungsebenen, dass Bereiche zur Sicherung und den Abbau oberflächennaher Bodenschätze (BSAB) für Lockergesteine für den ausschließlich aus dem bisherigen Verbrauch berechneten Bedarf eines Versorgungszeitraums von 25 Jahren als Vorranggebiete festzulegen sind, führt zu einem Vorrang dieser Bedarfsicherung gegenüber gegenläufigen Belangen, insbesondere Umwelt- und Klimabelangen, der weder mit den Grundsätzen der Raumordnung nach § 2 ROG und dem Gebot einer umfassenden planerischen Abwägung noch mit Art. 20 a GG vereinbar ist. Die Landesregierung hat allerdings am 22.06.2023 Eckpunkte für eine Änderung des LEP NRW beschlossen, wonach unter anderem die Weichen für einen perspektivischen Ausstieg aus der Kies- und Kiessandgewinnung in den besonders betroffenen Regionen auf Basis eines wissenschaftlich fundierten Rohstoffmonitorings gestellt werden sollen. Der im November 2023 von der Verbandsversammlung des Regionalverbands beschlossene Regionalplan Ruhr folgt allerdings keinem solchen Degressionspfad und ist deshalb Gegenstand eines anhängigen Normenkontrollverfahrens.

## C. Zur historischen Entwicklung der Landes- und Regionalplanung in NRW

Im Zuge der zunehmenden Industrialisierung, des Bevölkerungswachstums und der damit einhergehenden Verdichtung der Bebauung in Zentren und Siedlungsräumen entstand schon zu Anfang des 20. Jahrhunderts die Notwendigkeit, die städtebauliche und verkehrsmäßige Entwicklung in einer über die Verwaltungsgrenzen einzelner Gemeinden hinausgehenden Weise zu ordnen. Die Raumordnung als eigenständige Verwaltungsaufgabe entwickelte sich in Deutschland insoweit als Reaktion auf Siedlungsprobleme, die bei der Industrialisierung und dem Verstädterungsprozess vor allem in schnell wachsenden Verdichtungsräumen auftraten und die von einzelnen Kommunen nicht mehr bewältigt werden konnten.<sup>22</sup> Als Beispiele für diese Entwicklung werden zumeist die Gründung des Zweck-

19 Siehe dazu ARL, Fn. 6; Jaenicke, Aktuelle Rechtsfragen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Windenergieanlagen an Land, ZUR 2023, 291, 296 unter Verweis auf BT-Drs. 20/2355, S. 2; Raschke/Roscher, Laues Lüftchen oder starke Brise? Zur Reform des Planungsrechts für Windenergieanlagen an Land ZfBR 2022, 532; Tyczewski, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen rechtssicher planen – Illusion oder Wirklichkeit?, BauR 2014, 934; Hendl/Kerkmann, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, 1369; Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, Booster für die Windkraft – Aspekte zur Beschleunigung der Windenergieplanung Onshore, NVwZ 2022, 512; siehe auch OVG NRW, Urt. v. 22.09.2015, ZfBR 2016, 52, mit dem bemerkenswerten, aber berechtigten Hinweis, das Gericht übernehme aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit die vom BVerwG entwickelten Anforderungen an die Planung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung, auch wenn an deren Tauglichkeit und praktischer Umsetzbarkeit gezweifelt werden könne.

20 Spannowsky, Beschleunigter Ausbau der Windkraft- und Photovoltaiknutzung und deren Folgen für die Raumordnungsplanung und Bauleitplanung, ZfBR 2023, 18, 22.

21 Dazu OVG NRW, Urt. v. 03.05.2022 – 11 D 135/20.NE, juris Rn. 174 ff.; siehe auch OVG NRW, Urt. v. 21.03.2024 – 11 D 133/20.NE, juris zu Änderungen des LEP NRW zur Umsetzung einer Koalitionsvereinbarung.

22 Battis, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 8. Aufl., 2022, Rn. 67; Kümper, in: Kment, ROG, 2019, Einl. Rn. 3.

verbands für den Großraum Berlin im Jahr 1911 und die Bildung des Siedlungsverbands Ruhrkohlenbezirk im Jahr 1920 genannt.

Der Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk, der als „Regionalverband Ruhr“ im Jahr 2020 sein 100-jähriges Bestehen feiern konnte, war bei seiner Gründung ein Zusammenschluss von 17 Städten und 11 Landkreisen.<sup>23</sup> Der erste Verbandsdirektor des Siedlungsverbands, Robert Schmidt (1869 – 1934), gilt als „Vater der Regionalplanung“; er legte 1912 einen Generalsiedlungsplan für das Ruhrgebiet vor, der später Grundlage für die überörtliche Planung von regionalen Grünzügen, Verbandsstraßen, wie z. B. dem Ruhrschnellweg, und für die Revierparks wurde. Die gesetzliche Zuständigkeit des Verbandes für die Regionalplanung im Ruhrgebiet wurde 1975 eingeschränkt, als staatliche Regionalplanung jedoch 2009 zurückübertragen. 1979 wurde der Verband in „Kommunalverband Ruhrgebiet (KVR)“ umbenannt, seit 2004 heißt der Verband „Regionalverband Ruhr (RVR)“. Seit 2009 ist die Regionalplanungsbehörde beim Regionalverband Ruhr gem. § 4 Abs. 1 LPlG NRW für die Regionalplanung in den elf kreisfreien Städten und den vier Kreisen des Verbandsgebiets zuständig. Am 10.11.2023 hat die Verbandsversammlung nach einem sehr langen Planverfahren den ersten einheitlichen Regionalplan Ruhr beschlossen. Weitere Planungsverbände entstanden in den Jahren zwischen 1925 und 1930 für industrielle Ballungsräume, aber auch für ländliche Gebiete, so z. B. für das Münsterland im Jahr 1925 und für das Siegerland im Jahre 1928. Bei diesen Verbänden handelte es sich um Selbstverwaltungsgemeinschaften, zumeist mit Beteiligung der Wirtschaft, die eine Raumplanung in einem regionalen Maßstab betrieben, ohne allerdings über spezifische Umsetzungs- und Durchsetzungskompetenzen zu verfügen.<sup>24</sup>

In den Jahren 1935/36 wurde die Raumordnung und Landesplanung erstmalig auf deutschlandweiter Ebene geregelt. Zuvor wurden schon nach jahrelanger Vorbereitung und im Vorgriff auf eine umfassendere, reichsweite Regelung der Landesplanung, zwei Gesetze verkündet, nämlich das Wohnsiedlungsgesetz im Jahr 1933 und das Siedlungsordnungsgesetz im Jahr 1934. Von zentraler Bedeutung für die Entwicklung zu einer staatlichen Raumordnung und Landesplanung war jedoch das Gesetz über die Regelung des Landbedarfs der öffentlichen Hand vom 29.03.1935, auf dessen Grundlage eine „Reichsstelle für Raumordnung“ eingerichtet wurde.<sup>25</sup> Der bis dahin zumeist verwendete Begriff der Landesplanung wurde durch den der Raumordnung ersetzt.<sup>26</sup> Nach dem Zweiten Weltkrieg stieß die sogenannte Raumordnung auf ganz erhebliche Vorbehalte, weil sie in dem berechtigten Verdacht stand, in der Zeit des Dritten Reiches für militärische Zwecke und für die Versuche zur Bildung eines „Groß-Deutschlands“ instrumentalisiert worden zu sein.<sup>27</sup> Die Zeit des Wiederaufbaus war daher verständlicherweise von einem tiefen Misstrauen gegen jede Form staatlicher Planung geprägt; der Raumordnung haftete ein Stigma „autoritären Dirigismus“ an.<sup>28</sup>

Gleichwohl erhielt Nordrhein-Westfalen als erstes Bundesland, nicht zuletzt weil dessen Industrien im Ruhrgebiet vom Strukturwandel der Nachkriegszeit auch am stärksten betroffen waren, schon im Jahre 1950 ein Landesplanungsgesetz.<sup>29</sup> Die Landesplanung wurde darin als eine übergeordnete, zusammenfassende und überörtliche Planung beschrieben; ihr wurde allerdings noch kein effektives Instrumentarium zur Durchsetzung ihrer Planungsziele eingeräumt. Das beruhte neben der beschriebenen Skepsis gegenüber der Raumordnung auch auf dem damaligen Selbstverständnis der Landesplanung, wonach deren Ziele eher im freiwilligen Ausgleich der Interessen durch eine entsprechende Überzeugung der Beteiligten von deren Notwendigkeit umzusetzen waren.<sup>30</sup> Raumordnung und Landesplanung wurden auf der Grundlage des LPlG in der Planungswirklichkeit nur eine untergeordnete Bedeutung beige-

messend; Landesplanung galt als rein innerbehördliche Richtlinie und stand unter dem Vorbehalt von Abweichungen im jeweiligen Einzelfall. Dementsprechend verwundert es nicht, dass auch einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle solcher Pläne zunächst noch keine besondere Bedeutung zukam.

Ein Bedeutungszuwachs der Landes- und Regionalplanung ergab sich aus dem im Jahr 1960 in Kraft getretenen § 1 Abs. 4 BBauG, mit dem erstmals eine Anpassungspflicht der gemeindlichen Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung eingeführt wurde.<sup>31</sup> Allerdings fehlte es zu diesem Zeitpunkt noch an hinreichend bestimmten, verbindlichen Zielen der Raumordnung in den Landes- und Regionalplänen, an die sich die Bauleitplanung der Gemeinden nach § 1 Abs. 4 BBauG hätte anpassen können oder müssen.<sup>32</sup> Einen weiteren, vielleicht eher politischen Bedeutungszuwachs erfuhr die Landesplanung dadurch, dass sie durch Beschlussfassungen der Länderparlamente autorisiert werden musste, in Nordrhein-Westfalen insbesondere durch das schon seit 2011 nicht mehr geltende Gesetz zur Landesentwicklung (Landesentwicklungsprogramm) vom 05.10.1989,<sup>33</sup> und durch die Ausweitung der Bindungswirkung von Zielen und Grundsätzen auf bestimmte Personen des Privatrechts durch das BauROG 1998.<sup>34</sup>

## E. Einige Grundsätze des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Raumordnungspläne

Gerichtlichen Rechtsschutz gegen Raumordnungspläne können, jeweils unter bestimmten Voraussetzungen, natürliche und juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, Behörden, Gemeinden und nicht zuletzt auch Umweltvereinigungen beanspruchen. Unmittelbarer verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz wird im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO eingeräumt. Fehlt es an der Möglichkeit, nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO eine Normenkontrolle zu erheben, kommt eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO in Betracht. Neben der prinzipialen Normenkontrolle können Raumordnungspläne auch inzident mithilfe von Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen verwaltungsgerichtlich überprüft werden, wenn und soweit die Rechtmäßigkeit eines Raumordnungsplans für den Erlass oder die Verweigerung eines Verwaltungsakts, insbesondere einer Zulassungsentscheidung, Voraussetzung ist.

23 *Grotefels*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 2024, § 3 Rn. 12.

24 *Appold*, Die historische Entwicklung des Rechts der Raumordnung, in: Erbuth/Oebbecke/Rengeling/Schulte, Planung, Festschrift für Werner Hoppe, 2000, S. 21, 22.

25 *Appold*, Fn. 24, S. 22.

26 *Grotefels*, Fn. 23, § 3 Rn. 14; *Battis*, Fn. 22, Rn. 68; *Appold*, Fn. 24, S. 21.

27 *Dörr*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht II, 16. Aufl. 2022, § 38 Rn. 6; *Grotefels*, Fn. 23, § 3 Rn. 15; *Kümper*, Fn. 22, Rn. 4; schon die Begriffe Raum und Raumordnung galten nicht zuletzt mit Blick auf das Schlagwort und den Buchtitel „Volk ohne Raum“ des völkischen Schriftstellers Hans Grimm als erheblich belastet, sollte doch mit diesem Schlagwort suggeriert werden, dass ein Kampf um neue Lebensräume vor allem im Osten Europas geführt werden müsste.

28 *Appold*, Fn. 24, S. 23; es war sogar von einer „Planungsphobie“ die Rede, siehe *Battis*, Fn. 22, Rn. 69.

29 Landesplanungsgesetz NRW v. 11.03.1950 (GVBl. S. 41).

30 *Battis*, Fn. 22, Rn. 69.

31 *Battis*, Fn. 22, Rn. 69.

32 *Kümper*, Fn. 22, Rn. 5.

33 GVBl. Seite 485; der Landesentwicklungsplan wird hingegen nach § 17 Abs. 2 LPlG von der Landesregierung mit Zustimmung des Landtags als Rechtsverordnung beschlossen.

34 V. 18.08.1997 (BGBl. I S. 2081); dazu *Appold*, Fn. 24, S. 29 ff.; *Dolderer*, Das neue Raumordnungsgesetz (ROG 1998), NVwZ 1998, 345 ff.

Ergänzend zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz kommt für Gemeinden und Gemeindeverbände in Nordrhein-Westfalen auch verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz im Wege einer Kommunalverfassungsbeschwerde beim VerFGH NRW in Betracht. Rechtsschutz gegen Raumordnungspläne begehren seit jeher zwar vor allem Gemeinden, die sich insbesondere über die Beachtungspflicht des § 1 Abs. 4 BauGB an die in Raumordnungsplänen aufgestellten Ziele der Raumordnung in ihrer Planungshoheit beeinträchtigt sehen können. In zunehmendem Maße ist der Rechtsschutz gegen Raumordnungspläne jedoch auch für Personen des Privatrechts, für Bauherren und Vorhabenträger, von Bedeutung, weil ihre Bindung an die Raumordnungsziele in der Vergangenheit erheblich verstärkt wurde, vor allem durch § 35 Abs. 3 Satz 2, 3 BauGB und § 4 Abs. Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 ROG.<sup>35</sup>

### I. Fehlende Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle bis 2019

Voraussetzung für ein verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren gegen einen Raumordnungsplan ist, dass in dem jeweiligen Bundesland von der Möglichkeit des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht worden ist, eine derartige verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle zu eröffnen. In diesem Sinne entscheidet das OVG NRW nach § 109 a JustG NRW in den Verfahren nach § 47 VwGO über die Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, auch soweit diese nicht in § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO genannt sind. Allerdings besteht die Möglichkeit erst seit dem Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zur Änderung des Justizgesetzes Nordrhein-Westfalen – Erweiterung der untergesetzlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO am 01.01.2019.<sup>36</sup> Bis dahin führte die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, selbstredend abgesehen von den zahllosen Verfahren zur Überprüfung von Bebauungsplänen, eher ein Schattendasein in NRW.<sup>37</sup> Zur Erläuterung dieser Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten führt die Gesetzesbegründung aus, die Einführung einer direkten (abstrakten) Normenkontrolle sei mit Blick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zwar nicht verfassungsrechtlich geboten. Fehle die Möglichkeit einer direkten Normenkontrolle, könnten Rechtsvorschriften jedoch nur indirekt (inzident) in den jeweils gegen eine konkrete behördliche Maßnahme geführten verwaltungsgerichtlichen Verfahren geprüft werden. Dies führe dazu, dass der Rechtsschutz weniger zielgenau sei, eine schnelle, allgemeinverbindliche Klärung der Gültigkeit nicht möglich sei bzw. erschwert werde, die Verwaltungsgerichte die Gültigkeit von Rechtsvorschrift teilweise parallel zu prüfen hätten und dabei ggf. auch zu abweichenden Ergebnissen gelangen könnten.<sup>38</sup> Schließlich sei es folgerichtig und damit eine systemgerechte Erweiterung des Rechtsschutzes, nicht nur baurechtliche Rechtsverordnungen und Satzungen, sondern auch Rechtsvorschriften aus anderen Bereichen in den Anwendungsbereich der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle einzubeziehen.<sup>39</sup>

### II. Begrenzte Kontrollmöglichkeiten des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes

Angesichts der fehlenden Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle von Raumordnungsplänen suchten Gemeinden in der Vergangenheit auch Rechtsschutz gegen Ziele der Raumordnung im Wege einer kommunalen Verfassungsbeschwerde beim VerFGH NRW. Anerkannt wurde diese Rechtsschutzmöglichkeit vom VerFGH NRW erstmalig im Jahre 1989.<sup>40</sup> Sie erstreckt sich auch auf Braunkohlenpläne, bei denen es sich der Sache nach um Regionalpläne mit sachlich und räumlich begrenztem Gegenstand handelt.<sup>41</sup> Angesichts der beim VerFGH NRW im Vergleich zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle erheblich eingeschränkten Prüfungsmaßstäbe

war und ist dieser Rechtsschutz allerdings weniger effektiv und auch für Gemeinden keineswegs geeignet, die bis zum Jahr 2019 noch fehlende Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu kompensieren.

#### 1. Statthaftigkeit der kommunalen Verfassungsbeschwerde

Zur Statthaftigkeit der kommunalen Verfassungsbeschwerde führt der VerFGH NRW aus, nach Art. 75 Nr. 4 NRW Verf., § 50 NRW VerFGHG könnten Gemeinden Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erheben, Landesrecht verletze die Vorschriften der Verfassung über das Recht der Selbstverwaltung. Der Begriff „Landesrecht“ umfasse nicht allein Gesetze im formellen Sinn. Das gelte nicht nur für Rechtsverordnungen, sondern, um dem Schutzzweck zu genügen, auch für andere vom Land selbst oder den dazu ermächtigten Stellen erlassene untergesetzliche Rechtsnormen, die Außenwirkungen gegenüber Gemeinden als Selbstverwaltungsträger entfalteten. Bei den angegriffenen Festlegungen des Gebietsentwicklungsplans handele es sich um untergesetzliche Rechtsnormen in diesem Sinne. Neben der Außenwirkung, die ihnen aufgrund ihrer verbindlichen Beschränkung der kommunalen Planungshoheit zukomme, wiesen sie auch insoweit normative Elemente auf, als sie für alle davon betroffenen Gemeinden sowie für alle anderen öffentlichen Planungsträger in Bezug auf eine unbestimmte Vielzahl künftiger Planungsentscheidungen verbindlich seien (§ 5 Abs. 4 Satz 1 ROG; § 1 Abs. 4 BauGB). Als Normergänzungen zum Raumordnungsgesetz und zum Landesplanungsgesetz seien sie hinreichend abstrakt. Sie seien in ihrer inhaltlichen Wirkung

- <sup>35</sup> Zum Rechtsschutz gegen Raumordnungspläne siehe *Schubert*, in: Kment, ROG, 2019, Einf. C, Rn. 1 ff.; *Runkel*, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, ROG, 2020, § 4 Rn. 496 ff.; *Uechtritz*, Phasenspezifischer oder konzentrierter Rechtsschutz: Das Beispiel Raumordnungs- und Baurecht, ZUR 2017, 479; *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2018, § 4 Rn. 82 ff.; *Beckmann*, Ziele der Raumordnung als Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Normenkontrollanträge von Kommunen in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2021, 181; zur Bedeutung der Raumordnungsziele für die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben siehe *Kümper*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht 2024, § 4 Rn. 55 ff.
- <sup>36</sup> GVBl NRW 2018, S. 770; zur Kritik an dem lang dauernden Verzicht des Landesgesetzgebers zur Einführung der verwaltungsgerichtlichen Kontrollmöglichkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwGO siehe *Hoppe*, Plädoyer für eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle von Gebietsentwicklungsplänen in Nordrhein-Westfalen – Gegen die normenkontrollfeindliche Haltung des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers, in: Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Redeker, München 1993, 377; *Hoppe*, Probleme des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 1995, 179.
- <sup>37</sup> *Dietlein*, Verwaltungsprozessuale Probleme, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl., 2022, Seite 647; kritisch dazu zu Recht auch Kment, Fn. 10, S. 238 ff.
- <sup>38</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drucks, 17/3580 v. 11.09.2018, S. 1
- <sup>39</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drucks, 17/3580 v. 11.09.2018, S. 6.
- <sup>40</sup> In einem von dem Verfasser 1989 geführten Verfahren, in dem es um die Einschränkung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts durch Ausweisung eines regionalen Grünzugs und um die planerische Sicherung für einen 20 ha großen Industrie- und Gewerbepark in einem Gebiet einer kreisfreien Stadt im Ruhrgebiet ging, das der Gebietsentwicklungsplan wegen seiner Zugehörigkeit zu einem regionalen Grünzug als Agrarbereich, Erholungsbereich und Bereich für den Schutz der Landschaft festgelegt hatte, siehe dazu VerFGH NRW, Urt. v. 15.12.1989, NVwZ 1990, 456; *Beckmann*, Gebietsentwicklungspläne als Gegenstand der kommunalen Verfassungsbeschwerde in NRW, Städte- und Gemeinderat 1990, 87.
- <sup>41</sup> VerFGH NRW, Urt. v. 09.06.1997, NWVBl. 1997, 333, 334; siehe dazu *Beckmann*, Der Braunkohlenplan Garzweiler II als Bewährungsprobe für das Recht der Braunkohlenplanung in NRW, Städte- und Gemeinderat 1996, 269 ff.; *Bertrams*, Wegweisende Entscheidungen des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs aus den letzten beiden Jahrzehnten, NWVBl. 2007, 366; zur Entstehung und Entwicklung der nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtsbarkeit *Dästner*, in: Bertrams, Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, 2002, 13 ff.

mit sonstigen baurechtlichen und raumbezogenen Regelungen, insbesondere Bauleitplänen vergleichbar. Bei Letztgenannten habe der Gesetzgeber diese Wirkung ausdrücklich durch ihre Qualifizierung als Rechtsnorm in § 10 BauGB. Die Nachprüfbarkeit von Regionalplänen im kommunalen Verfassungsbeschwerdeverfahren entspreche in besonderer Weise dem mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde verfolgten Zweck, nach Möglichkeit einen lückenlosen Rechtsschutz für die Gemeinden bereitzustellen, zumal solche Pläne in Nordrhein-Westfalen wegen Fehlens einer landesgesetzlichen Regelung i. S. d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO keiner gerichtlichen Prüfung im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO unterzogen werden könnten.<sup>42</sup>

## 2. Prüfungsmaßstäbe des VerfGH NRW

Den von ihm anvisierten, „lückenlosen Rechtsschutz für die Gemeinden“ konnte der VerfGH NRW angesichts des ihm zur Verfügung stehenden Prüfungsmaßstabs allerdings kaum sicherstellen. Zu den eingeschränkten Prüfungsmaßstäben des VerfGH NRW wird erläutert, die verfassungsgerichtliche Überprüfung der Regionalpläne sei grundsätzlich auf die Frage einer Verletzung des Verfassungsrechts beschränkt und könne daher nicht den Umfang an Rechtsschutz vermitteln, der von dem in seinen Prüfungsmaßstäben insoweit nicht beschränkten OVG NRW im Verfahren nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO gewährt werden könnte.<sup>43</sup> Eine verfassungsgerichtliche Überprüfung könne die Rechtmäßigkeitsprüfung nicht auf einfachrechtliche, insbesondere fachplanungsrechtliche Vorschriften, z. B. solche des LPlG, oder gar auf Verwaltungsvorschriften, wie z. B. solchen des Abstandserlasses NRW, als Prüfungsmaßstab erstrecken. Eine derart umfassende Prüfungscompetenz habe der VerfGH NRW zu Recht abgelehnt.<sup>44</sup>

Nicht unbedingt erleichtert wird der Rechtsschutz im Wege einer kommunalen Verfassungsbeschwerde gegen Raumordnungspläne auch dadurch, dass die Dichte und Intensität der verfassungsgerichtlichen Prüfung bereichsspezifisch variieren soll. Dem Gesetzgeber und auch dem verantwortlichen Planungsträger räume der VerfGH einen unterschiedlich weiten Einschätzungsspielraum ein.<sup>45</sup>

## 3. Verletzung der Planungshoheit durch Festlegung eines Vorranggebiets

Dass eine kommunale Verfassungsbeschwerde gleichwohl im Einzelfall Erfolg haben kann, mag am Beispiel einer regionalplanerischen Vorranggebietsfestlegung Erwähnung finden. Die Festlegung eines Vorranggebiets für die Nutzung der Windenergie als Ziel der Raumordnung in einem Regionalplan kann nämlich nach der Rechtsprechung des VerfGH NRW ein ungegerechtfertigter Eingriff in die kommunale Planungshoheit sein. Ein solcher Eingriff liege vor, wenn die Festlegung eine hinreichend konkrete und rechtmäßige örtliche Planung nachhaltig störe oder wenn sie wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer gemeindlichen Planung entziehe. Eine kommunale Konzentrationszonenplanung sei allerdings unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Planungshoheit nur dann wehrfähig, wenn sie jedenfalls nicht offensichtlich die an eine solche Planung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu stellenden Anforderungen verfehle. Einschränkungen der gemeindlichen Planungshoheit durch eine überörtliche Planung seien verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn sie das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Willkürverbot wahren. Der im Wege der Abwägung herzustellende verhältnismäßige Ausgleich der berührten Belange setze voraus, dass der Planungsträger den erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittele und anhand dieses Sachverhalts die für die Planung sprechenden überörtlichen Belange einerseits und die beeinträchtigten gemeindlichen Belange andererseits umfassend und in nachvollziehbarer Weise

abgewogen habe. Soweit hierbei über Wertungen und Prognosen zu befinden sei, sei die verfassungsrechtliche Prüfung in Anwendung des Willkürverbots jedoch darauf beschränkt, ob diese Einschätzungen und Entscheidungen auf unsachgemäßen Erwägungen beruhen oder sonst offensichtlich fehlerhaft seien.<sup>46</sup>

## 4. Individualverfassungsbeschwerde zum VerfGH?

Nach § 53 Abs. 1 VerfGHG kann jeder mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt des Landes in einem seiner in der Landesverfassung enthaltenen Rechte verletzt zu sein, Verfassungsbeschwerde zum VerfGH NRW erheben, soweit nicht Verfassungsbeschwerde zum BVerfG erhoben ist oder wird.<sup>47</sup> Grundsätzlich wäre insoweit auch ein Individualverfassungsbeschwerde wegen einer Grundrechtsverletzung durch einen Raumordnungsplan des Landes möglich. Als Beschwerdegegenstand kommen nämlich Akte aller drei Staatsgewalten in Betracht; Raumordnungspläne gehören sicher dazu. Ist gegen die behauptete Verletzung der Rechtsweg zulässig, kann die Verfassungsbeschwerde nach § 54 Satz 1 VerfGHG grundsätzlich aber erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Der VerfGH NRW kann jedoch nach § 54 Satz 2 VerfGHG über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde. Da als Prüfungsmaßstab ausschließlich Grundrechte der Landesverfassung heranzuziehen sind, dürften angesichts der weitgehend einfachgesetzlich geregelten und zunächst von den Verwaltungsgerichten zu prüfenden Anforderungen Individualverfassungsbeschwerden gegen Raumordnungspläne beim VerfGH NRW kaum Aussicht auf Erfolg versprechen.

## C. Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle von Raumordnungsplänen

Eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle von Landes- und Regionalplänen und Braunkohlenplänen ist seit dem Jahr 2019 in Nordrhein-Westfalen zwar statthaft; die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ermöglicht eine Überprüfung solcher Pläne aber nur insoweit, als diese im Range unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften sind. Deshalb würden Raumordnungspläne als Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ausscheiden, wenn sie als förmlich

<sup>42</sup> VerfGH NRW, Urte. v. v. 01.12.2020, NWVBl. 2021, 326; Urte. v. 15.12.1989, NVwZ 1990, 456; Urte. v. 11.07.1995, OVG 45, 291, 292; Urte. v. 25.06.2002, NVwZ 2003, 202; siehe auch Urte. v. 09.06.1997, OVG 46, 295; Urte. v. 25.10.2011 OVG 54, 277 zu Braunkohlenplänen als sachlichen Raumordnungsplänen.

<sup>43</sup> Bertrams, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Planung, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte, Planung, Festschrift für Werner Hoppe, 2000, 975, 982.

<sup>44</sup> Bertrams, Fn. 43, S. 982; siehe auch Max Dietlein, Kommunale Verfassungsbeschwerden vor dem Verfassungsgerichtshof, in: Dietlein, Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs, 2002, 117, 123.

<sup>45</sup> Heusch, Fn. 3, Art. 75 Rn. 103; VerfGH, Urte. v. 26.08.2009, NWVBl 2009, 474, 476.

<sup>46</sup> VerfGH NRW, Urte. v. v. 01.12.2020, NWVBl. 2021, 326.

<sup>47</sup> Näher dazu Coelln, Der Verfassungsgerichtshof als Ausdruck nordrhein-westfälischer Eigenstaatlichkeit, NWVBl. 2023, 1; Niesler, Die Novellierung des Verfassungsgerichtshofgesetzes durch das Änderungsgesetz v. 23.02.2022, NWVBl. 2023, 7; Heusch, Zum Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Landesverfassungsgerichten, Insbesondere: Schutz der Bundesgrundrechte durch Landesverfassungsgerichte?, DVBl. 2023, 770.

ches Gesetz ergehen.<sup>48</sup> Da das Gesetz zur Landesentwicklung (Landesentwicklungsprogramm) schon seit dem Jahr 2011 außer Kraft getreten ist,<sup>49</sup> handelt es sich bei den Landes- und Regionalplänen in NRW um Pläne, die nicht als förmliches Gesetz beschlossen werden. Der Landesentwicklungsplan wird nämlich nach § 17 Abs. 2 LPlG NRW von der Landesregierung mit Zustimmung des Landtags als Rechtsverordnung beschlossen. Bei den Regionalplänen, die in NRW weder als Rechtsverordnung noch als Satzung erlassen werden, handelt es sich um untergesetzliche, hoheitliche Maßnahmen eigener Art, die in den Anwendungsbereich des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO fallen.<sup>50</sup>

Begründet ist ein zulässiger Normenkontrollantrag gegen Ziele der Raumordnung eines Raumordnungsplans, wenn diese mit höherrangigem Recht unvereinbar sind, wenn sie dementsprechend an beachtlichen, nicht geheilten Verfahrensmängeln leiden oder mit materiell-rechtlichen Anforderungen, insbesondere an eine rechtsstaatliche Abwägung unvereinbar sind. Dabei ist allerdings die ausführliche Regelung zur Planerhaltung in § 11 ROG zu beachten. Sie dient einer sachgerechten Ausbalancierung der in der Vergangenheit erweiterten Rechtsschutzmöglichkeiten einerseits und schützenswerten Belangen der Planerhaltung und des Investitionsschutzes andererseits.<sup>51</sup>

### I. Kategoriale Unterschiede zwischen Zielen und Grundsätzen der Raumordnung?

Eine der hinterfragungsbedürftigen Ausgangspunkte der Rechtsprechung auch des OVG NRW zur Kontrolle von Raumordnungsplänen ist die Auffassung, dass nur die in einem Regionalplan enthaltenen Ziele der Raumordnung untergesetzliche Rechtsvorschriften i. S. d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO sind. Nur sie können nach der Rechtsprechung vom Zieladressaten zum Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gemacht werden, auch wenn der Landesgesetzgeber für den Regionalplan keine Rechtsatzform vorgibt.<sup>52</sup> Raumordnungsgrundsätze sind dagegen nach Ansicht des BVerwG und auch des OVG NRW keine Rechtsvorschriften i. S. d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO.<sup>53</sup> Diese Rechtsprechung überzeugt meines Erachtens nicht.<sup>54</sup> Denn auch Grundsätze der Raumordnung lösen verbindliche Pflichten, nämlich Berücksichtigungspflichten, aus; auch die raumplanerische Festlegung von Grundsätzen der Raumordnung muss auf einer hinreichenden planerischen Abwägung beruhen, die gerichtlich auf Abwägungsfehler überprüft werden kann. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO setzt nach Ansicht des BVerwG nicht voraus, dass alle in einem Raumordnungsplan enthaltenen Einzelregelungen ein und dieselbe Rechtsqualität aufweisen. Vielmehr ist für jede Regelung gesondert zu prüfen, ob sie den Kriterien genügt, die für eine Rechtsvorschrift unabdingbar sind. Es kommt daher für die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gegen Ziele der Raumordnung eines Raumordnungsplans nicht darauf an, ob der Plan insgesamt als untergesetzliche Rechtsvorschrift angesehen werden kann.<sup>55</sup>

Dass Raumordnungsgrundsätze keine im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften sein sollen, gilt nach der Rechtsprechung insbesondere auch für die Festlegung von Vorbehaltsgebieten i. S. v. § 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ROG, die als Gewichtungsvorgaben auf Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen einwirken, jedoch anders als Ziele der Raumordnung im Rahmen der Abwägung durch öffentliche oder private Belange von höherem Gewicht überwunden werden dürfen. Gewichtungsvorgaben, die die Festlegung eines Vorbehaltsgebiets von sonstigen Grundsätzen der Raumordnung unterscheiden, rechtfertigten es nicht, so das BVerwG, Vorbehaltsgebiete als untergesetzliche Rechtsvorschrift i. S. d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zu qualifizieren.<sup>56</sup> Das BVerwG begründet dies damit, dass eine Festlegung, den im Raumordnungsplan bestimmten Funktionen oder Nutzungen bei der Abwägung ein besonderes

Gewicht beizumessen, zwar eine Rechtspflicht sei. Ob sich der zu berücksichtigende Grundsatz der Raumordnung im Rahmen der Abwägung jedoch gegen andere Belange durchsetze, hänge aber von der konkreten Planungssituation ab. Dies gelte auch, wenn der Planungsträger verpflichtet werde, einen bestimmten Belang in der Abwägung nicht nur zu berücksichtigen, sondern ihm ein besonderes Gewicht beizumessen. Auch das besondere Gewicht lasse sich nicht abstrakt im Voraus bestimmen. Ob der raumbedeutsamen Funktion oder Nutzung in einem Vorbehaltsgebiet der Vorrang gegenüber anderen Belangen zukomme, hänge somit stets von der konkreten Planungssituation ab. Wegen dieser Abwägungsoffenheit fehle es dem Vorbehaltsgebiet an der Verbindlichkeit, die es rechtfertige und erfordere, den Begriff der Rechtsvorschrift i. S. d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO auf planerische Festlegungen zu erstrecken, die nicht förmlich als Rechtsnorm beschlossen oder für verbindlich erklärt worden seien.<sup>57</sup>

Diese Ansicht ist, wie schon erwähnt, nicht überzeugend. Eine Regelung, die ihrem Adressaten eine verbindliche Rechtspflicht auferlegt, nämlich bestimmten Funktionen oder Nutzungen bei der Abwägung in einem bestimmten Plangebiet ein besonderes Gewicht beizumessen, ist eine Rechtsvorschrift. Wird sie nicht vom Gesetzgeber beschlossen, sondern in eine Rechtsquelle unterhalb des Gesetzes aufgenommen, bestehen keine überzeugenden Gründe, sie nicht als untergesetzliche Rechtsvorschrift einzuordnen. Dass die Berücksichtigungspflicht und ggf. auch eine Gewichtungsvorgabe eine Abwägung fordert und ermöglicht, spricht nicht gegen die Einordnung als (untergesetzliche) Rechtsvorschrift. Die sogenannten Optimierunggebote des Gesetzgebers, etwa § 50 Satz 1 BImSchG, sind völlig unstrittig ebenfalls Rechtsvorschriften, obwohl sie nur Gewichtungsvorgaben sind. Dass bei gesetzlichen Berücksichtigungspflichten und Gewichtungsvorgaben erst unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden kann und dass insoweit eine Abwägungsoffenheit besteht, ändert nichts daran, dass die Planadressaten in einer Weise verpflichtet werden, die es nahelegt, auch einer solchen Planvorgabe die Eigenschaft einer Rechtsvorschrift zu attestieren.

Auch eine Unterscheidung zwischen Bindungs- und Rechtswirkungen von Zielen der Raumordnung rechtfertigt es nicht, planerischen Grundsätzen der Raumordnung, vor allem den Vorbehaltsgebietsfestlegungen, die Rechtsqualität von unterge-

48 Siehe aber auch BVerwG, Urt. v. 30.01.2003, ZfBR 2003, 476, wonach in Ausnahmefällen – es ging in dem Verfahren um ein durch Gesetz geänderte Norm einer landesrechtlichen Rechtsverordnung – auch ein formelles Gesetz eine im Range unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO sein kann.

49 Siehe dazu OVG NRW, Urt. v. 20.11.2018, BauR 2019, 1085 = juris Rn. 29.

50 *Kment*, Unmittelbarer Rechtsschutz Privater gegen Ziele der Raumordnung und Flächennutzungspläne im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB, NVwZ 2003, 1047, 1048.

51 *Spannowsky*, in: *Spannowsky/Runkel/Goppel*, Fn. 35, § 11 Rn. 6. Zur Anwendbarkeit des § 11 ROG im Rahmen einer Inzidentprüfung BVerwG, Urt. v. 07.12.2023 – 4 CN 6/22, juris Rn. 57.

52 OVG NRW, Urt. v. 03.05.2022 – 11 D 135/20.NE, juris Rn. 92; BVerwG, Urt. v. 20.11.2003, NuR 2004, 362; BayVGh, Urt. v. 08.12.2003, UPR 2004, 458; *Beckmann*, Fn. 35, NWVBl. 2021, 181; *Battis*, Fn. 22, Rn. 100.

53 BVerwG, Beschl. v. 15.06.2009, BauR 2009, 1570; OVG NRW Urt. v. 03.05.2022 – 11 D 135/20.NE, juris Rn. 107; a. A. zu Recht *Goppel*, Fn. 35, § 4 Rn. 102; BayVGh, Urt. v. 22.01.2009 – 4 N 08.708, juris.

54 Siehe dazu *Beckmann*, Fn. 9, EuRUP 2024, 15 (17).

55 BVerwG, Urt. v. 20.11.2003, NuR 2004, 362, 363; *Hendler*, Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle Privater gegen Raumordnungs- und Flächennutzungspläne, NuR 2004, 485.

56 BVerwG, Beschl. v. 15.06.2009, BauR 2009, 1570; HessVGh, Beschl. v. 14.07.2020 – 4 C 2108/15 N, juris Rn. 39.

57 BVerwG, Beschl. v. 15.06.2009 – 4 BN 10.09, juris Rn. 10; HessVGh, Beschl. v. 14.07.2020 – 4 C 2108/15 N, juris Rn. 39; HessVGh, Urt. v. 17.03.2011 – 4 C 883/10.N, juris Rn. 25.

setzlichen Rechtsvorschriften abzusprechen. Mit Blick auf den Rechtsschutz gegen Erfordernisse der Raumordnung wird erläutert, von Rechtswirkungen könne nur dann gesprochen werden, wenn der Adressat der Wirkungen Träger eigener Rechte sei, in die durch Erfordernisse der Raumordnung eingegriffen werde. Daran fehle es jedoch den öffentlichen Stellen als den hauptsächlichen Adressaten raumordnerischer Bindungswirkungen regelmäßig.<sup>58</sup> Dies mag bei der Frage, ob Erfordernisse der Raumordnung, insbesondere Ziele der Raumordnung, Rechte verletzen können, eine Rolle spielen. Bei den sogenannten Bindungswirkungen der Erfordernisse der Raumordnung handelt es sich jedoch durchaus um Rechtswirkungen, seien es Pflichten zur Beachtung oder Anpassung oder eben zur Berücksichtigung bzw. zur besonderen Gewichtung bestimmter Belange. Im Übrigen sind über § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 ROG Ziele der Raumordnung auch für private Vorhabenträger beachtlich.

Letztlich beruht die unterschiedliche Einordnung von Zielen und Grundsätzen der Raumordnung als untergesetzliche Rechtsvorschrift i. S. d. § 47 Abs. 2 Nr. 1 VwGO auf einer angenommenen kategorialen Unterscheidung einer strikten Bindung an Raumordnungsziele und der bloßen Berücksichtigung von Grundsätzen der Raumordnung. Diese verschwimmt allerdings zunehmend, weil angesichts der Abstraktheit und des Rahmencharakters der meisten Ziele der Raumordnung Konkretisierungsspielräume bestehen, die dem Adressaten Raum für eine eigene planerische Abwägung eröffnen und in ihrer Tragweite letztlich einer gestalterischen Abwägung sogar nahekommen können. Nicht zuletzt trägt die Rechtsprechung des OVG NRW zur Differenzierung zwischen einem mit Bindungswirkung ausgestatteten Zielkern und einem in diesem Sinne nicht zu beachtenden Zielrahmen dazu bei, dass von einer kategorialen Unterscheidung dieser Erfordernisse der Raumordnung kaum noch die Rede sein kann.<sup>59</sup>

## II. Fragwürdige Differenzierung zwischen Zielkern und Zielrahmen?

Eine weitere Nachfrage ist insoweit die auch vom OVG NRW vorgenommene Differenzierung zwischen einem zwingend zu beachtenden Zielkern und einem lediglich berücksichtigungsbedürftigen Zielrahmen wert. Mit ihr droht jedenfalls gerade der auch vom OVG NRW bejahte kategoriale Unterschied zwischen Zielen und Grundsätzen der Raumordnung zu verschwimmen. Ziele der Raumordnung enthalten danach zwar Festlegungen, die von der Bauleitplanung als verbindliche Vorgaben hingenommen werden müssen und nicht im Wege der Abwägung überwunden werden können. Unter Beachtung dieser Maßgaben kann die Gemeinde allerdings die in einem Ziel der Raumordnung enthaltenen Vorgaben zielkonform ausgestalten und Wahlmöglichkeiten ausschöpfen, die ihr dabei zu Gebote stehen.<sup>60</sup> Insoweit treffen Raumordnungsziele als landes- oder regionalplanerische Letztentscheidungen zwar eine auf der landes- oder regionalplanerischen Ebene nicht mehr ergänzungsbedürftige Aussage und sind insoweit nicht nur eine Abwägungsdirektive für die nachgeordneten Planungsträger. Das bedeutet jedoch nach der Rechtsprechung des OVG NRW gerade nicht, dass der gesamte Inhalt einer Planaussage, die als Ziel der Raumordnung einzuordnen ist, in diesem Sinne eine abschließend abgewogene, keiner weiteren Abwägung mehr zugängliche Festlegung sein muss. Ganz im Gegenteil unterscheidet das OVG NRW zwischen einem in diesem Sinne einen abschließend abgewogenen und damit auch zwingend zu beachtenden Zielkern und einem Zielrahmen, der dem Adressaten des Ziels der Raumordnung Raum für Konkretisierung und weitere Abwägung ebenenspezifisch belässt.<sup>61</sup> Insoweit ist es mit dem kategorialen Unterschied zwischen Zielen der Raumordnung und Grundsätzen der Raumordnung, der es rechtfertigen soll, Ziele der Raumordnung unabhängig von der Rechtsform

des Raumordnungsplans stets als untergesetzliche Rechtsvorschrift anzuerkennen, Raumordnungsgrundsätzen und insbesondere Gewichtungsvorgaben wie der Festlegung eines Vorbehaltsgebiets eine solche Einordnung trotz der mit ihnen einhergehenden Berücksichtigungspflichten zu verweigern, nicht allzu weit her.<sup>62</sup>

Hinter der Differenzierung zwischen einem Zielkern und einem Zielrahmen steckt möglicherweise nicht mehr als die verallgemeinerungsfähige Erkenntnis, dass die Bindungswirkung einer Norm stets von ihrer durch Auslegung zu ermittelnden Regelungsdichte abhängt, dass es insoweit auf den Willen des Vorschriftengebers bzw. Planungsträgers ankommt, in welchem Umfang seine Regelung zwingend zu beachten ist und inwieweit sie dem Regelungsadressaten Spielraum belässt und bzw. oder ihm lediglich Berücksichtigungspflichten auferlegt.<sup>63</sup> Wenn dem so wäre, spräche dies allerdings ebenfalls gegen den behaupteten kategorialen Unterschied zwischen Zielen und Grundsätzen und damit auch gegen die von der Rechtsprechung vertretene Rechtsauffassung, dass Grundsätze der Raumordnung, insbesondere auch Vorbehaltsgebiete i. S. v. § 7 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ROG, keine untergesetzliche Rechtsvorschriften seien und deshalb nicht Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle sein könnten.

Soweit sich der lediglich rahmensetzende Charakter eines Ziels der Raumordnung aus der überörtlichen Planungsperspektive der Landes- und Regionalplanung und den damit im Zusammenhang stehenden Planungsmaßstäben dieser Pläne ergibt,<sup>64</sup> ist auch diese kein Grund für eine Differenzierung bei der Einordnung von Zielen und Grundsätzen der Raumordnung, weil diese Planungsmaßstäbe sämtliche Erfordernisse der

58 *Runkel*, Fn. 35, § 3 Rn. 35, § 4 Rn. 496.

59 *Durner*, in: *Kment*, ROG, 2019, § 4 Rn. 62 mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 04.04.2012 – 4 C 8/09, juris Rn. 298; BVerwG Urt. v. 06.04.2017 – 4 A 16/16, juris Rn. 103 zu der grundsätzlich „kategorialen“ Unterschiedlichkeit von Zielen und Grundsätzen der Raumordnung.

60 VGH BW, Urt. v. 12.10.2021 – 8 S 48/19, juris Rn. 37; VGH BW Urt. v. 27.11.2018 – 8 S 286/17 – juris Rn. 106; Urt. v. 01.07.2020 – 8 S 2280/18, juris Rn. 72; OVG NRW Urt. v. 29.09.2021 – 7 D 47/19.NE, juris Rn. 62.

61 OVG NRW Urt. v. 03.05.2022 – 11 D 135/20.NE, juris Rn. 191 ff.; *Shink*, Planerische Abwägung bei der Festlegung von Vorranggebieten für die Rohstoffnutzung in der Raumordnung, UPR 2012, 369; BayVerfGH, Urt. v. 15.07.2002 – Vf. 10-VII-00, juris Rn. 89; *Durner*, Fn. 59, § 4 Rn. 62; *Runkel*, Fn. 35, § 3 Rn. 17, 74 L; kritisch dazu *Beckmann*, Fn. 9, EuRUP 2024, 15 ff; siehe auch OVG NRW, Urt. v. 21.03.2024 – 11 D 133/20.NE, juris Rn. 296.

62 *Beckmann*, Fn. 6, NuR 2023, 289, 294.

63 Siehe dazu *Beckmann*, Das Verhältnis der verwaltungsgerichtlichen Kontrollrechte zur gesetzlichen Regelungsdichte, DÖV 1986, 505; *Beckmann*, Strukturprinzipien des deutschen Verwaltungsprozesses: Gesetzliche Regelungsdichte und verwaltungsgerichtliche Kontrollrechte, Rechtstheorie 2014, 141; *Ossenbühl*, Gedanken zur Kontrollrechte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler* (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Redeker, München 1993, 55, 61; *Bertrams*, Fn. 3, NWVBl. 1999, 245 246; früher schon *Papier*, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrollrechte, DÖV 1986, 621; *Sendler*, Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, in FS für Ule, 1987, 337; siehe auch *Beckmann*, Der Umfang des Verwaltungsschutzes auf dem Prüfstand, in: *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags Essen 2016*, Bd. II Sitzungsbereiche (Referate und Beschlüsse) München, 2016, N 80 – N 125; *Steinbeiß-Winkelmann*, Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen Überlasten, Zuständigkeitsverlusten und Funktionswandel, NVwZ 2016, 713; *Wegener*, Nein, nein, nein!? -Kein Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts?, JZ 2016, 829; *Rennert*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit?, DVBl. 2015, 793; *Hofmann*, Der Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit – nur eine Frage des Umweltrechts?, EuRUP 2015, 266.

64 Die zeichnerischen Festlegungen der Regionalpläne erfolgen nach § 32 LPlG DVO im Maßstab 1:50 000; zeichnerischen Festlegungen des Landesentwicklungsplans sollen nach § 35 LPlG DVO im Maßstab nicht größer als 1:300 000 sein. Der Maßstab der zeichnerischen Festlegungen des Braunkohlenplans beträgt nach § 30 Abs. 1 S. 3 LPlG DVO 1:5.000 oder 1:10.000 auf der Grundlage der Deutschen Grundkarte.

Raumordnung eines Raumordnungsplans betreffen, d. h. z. B. Vorranggebiete, bei denen es sich nach h.M. um Ziele der Raumordnung handelt, und Vorbehaltsgebiete, die nach überwiegender Meinung keine Ziele, sondern Grundsätze der Raumordnung sind, gleichermaßen betreffen.<sup>65</sup>

Der Umstand, dass ein Raumordnungsplan nicht nur Ziele, sondern auch Grundsätze der Raumordnung enthält, die keine Rechtsvorschriften sein sollen, soweit sie nicht förmlich als Rechtsverordnung oder Satzung beschlossen oder für verbindlich erklärt worden sind, steht im Übrigen unabhängig davon der Statthaftigkeit eines Normenkontrollantrags gegen den Plan nicht entgegen. Die Frage, ob der Antragsteller nur seine Rechte verletzende Ziele der Raumordnung oder nur den Regionalplan insgesamt angreifen kann, betrifft die Teilbarkeit des Plans, die im Rahmen der Antragsbefugnis und natürlich bei der Begründetheit des Antrags und hinsichtlich des Umfangs der Aufhebung oder Feststellung der Rechtswidrigkeit zu prüfen ist.<sup>66</sup>

### III. Unmaßgeblichkeit der Kennzeichnung von Planaussagen durch den Planungsträger?

Eine weitere Kritik an der Rechtsprechung zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Raumordnungsplänen bezieht sich auf den Umgang der Rechtsprechung mit der Kennzeichnung von Planaussagen der Landes- und Regionalplanung durch die dafür verantwortlichen Planungsträger.<sup>67</sup> Da Grundsätze und sonstige Erfordernisse der Raumordnung in der Abwägung oder bei der Ermessensausübung lediglich zu berücksichtigen sind, während Ziele der Raumordnung zu beachten sind und weil im Einzelfall diese Unterscheidung jedoch große Schwierigkeiten bereiten kann, sind gem. § 7 Abs. 1 Satz 4 ROG in den Raumordnungsplänen die Ziele und Grundsätze der Raumordnung als solche zu kennzeichnen. Das soll es den Planadressaten nach Vorstellung des Gesetzgebers erleichtern, den Planungswillen des Planungsträgers möglichst zweifelsfrei zu erkennen. Diese gut gemeinte Zielsetzung des Gesetzgebers ist von der Rechtsprechung allerdings weitgehend ausgebremst worden. Denn nach der Rechtsprechung ist eine solche Kennzeichnung nicht maßgeblich,<sup>68</sup> sie kann dementsprechend auch die ihr vom Gesetzgeber zugeordnete Klarstellungsfunktion nicht oder allenfalls bedingt erfüllen. Eine unzutreffende Kennzeichnung durch den Plangeber führt nämlich nicht dazu, dass aus einem Grundsatz der Raumordnung ein Ziel der Raumordnung wird. Entscheidend sind, so das BVerwG, letztlich Inhalt, Zweck und Konkretisierungsgrad der jeweiligen Planaussage, sodass der Kennzeichnung nur eine Indizwirkung zukommt.<sup>69</sup> Deshalb bedeutet auch eine im Landesentwicklungsplan verwendete Bezeichnung von Aussagen für das gesamte Plangebiet als „Allgemeine Ziele“ nicht, dass es sich dabei um Ziele der Raumordnung im Rechtsinne handelt. Aber immerhin ist die Kennzeichnung nach § 7 Abs. 1 Satz 4 ROG ein Indiz oder eine widerlegliche Vermutung dafür, dass es sich bei der als solche gekennzeichneten Planaussage auch um ein Ziel oder um einen Grundsatz der Raumordnung handelt. Nicht zuletzt gebietet es der notwendige Respekt für den vom Gesetzgeber mit der Planung beauftragten Träger der Landes- oder Regionalplanung und der ihm vom Gesetzgeber insbesondere auch zugeordneten Aufgabe, zur Vermeidung von Missverständnissen die Planaussage als Ziel oder Grundsatz der Raumordnung zu kennzeichnen, sich bei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten für diejenige zu entscheiden, die es ermöglicht, dem ausdrücklichen Wunsch des Plangebers, ein verbindliches Ziel der Raumordnung zu formulieren, auch Rechnung zu tragen. Soweit die Kennzeichnung nach § 7 Abs. 1 Satz 4 ROG als eine durch die Gerichte widerlegliche Vermutung angesehen wird, dass es sich entsprechend der Kennzeichnung um ein Ziel oder um einen Grundsatz der Raumordnung handelt, bedarf es für die Widerlegung dieser Vermutung durch die Gerichte einer hinreichend plausiblen Begründung.<sup>70</sup> Zu

Recht hat deshalb das BVerwG darauf hingewiesen, dass dem Willen des Plangebers hinsichtlich seiner Einordnung als Ziel oder Grundsatz der Raumordnung bei der Auslegung auch Rechnung zu tragen ist.<sup>71</sup> Möglicherweise kann dies mit Blick auf eine Differenzierung zwischen einem Zielkern und einem Zielrahmen dazu führen, einer als Ziel der Raumordnung gekennzeichneten Planaussage auch dann diese Einordnung zu attestieren, wenn sie zu einem mehr oder weniger großen Anteil keine zwingende Beachtung, sondern lediglich Berücksichtigung erwartet.

Auch könnte insoweit die Schlussfolgerung des OVG NRW, dass stets dann, wenn eine Zielfestsetzung Rechtmäßigkeitsanforderungen nicht einhält, eine Umdeutung in einen Grundsatz schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil Zielfestlegungen wegen ihrer Verbindlichkeit und abschließenden Abgewogenheit die begrifflichen Merkmale eines Grundsatzes nicht erfüllen können, zu weit reichen.<sup>72</sup> Mehr spricht dafür, zur Beantwortung der Frage, ob ein rechtswidriges Ziel der Raumordnung in einen Grundsatz der Raumordnung umgedeutet werden kann, auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen und dabei zu prüfen, ob die planerische Festlegung die an Grundsätze der Raumordnung zu stellenden Anforderungen erfüllt oder ob der beanstandete Rechtsmangel des Ziels der Raumordnung auch einer Einordnung der Festlegung als (rechtmäßigen) Grundsatz der Raumordnung entgegenstehen würde. Vor allem bei Mängeln, die sich aus einer unzureichenden planerischen Abwägung bzw. Ermittlung von berücksichtigungsbedürftigen Belangen bei der Aufstellung eines Ziels der Raumordnung ergeben, könnte mit Blick darauf, dass die Anforderungen an die planerische Abwägung für Grundsätze der Raumordnung geringer ausfallen, weil sie keine Beachtens- und Anpassungspflichten auslösen, eine Umdeutung des rechtswidrigen Ziels der Raumordnung in einen Grundsatz der Raumordnung in Betracht kommen.<sup>73</sup>

### D. Schlussbemerkung

Angesichts der Komplexität und Fehleranfälligkeit von Raumordnungsplänen ist die Möglichkeit einer umfassenden und zeitgerechten verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung der Raumordnungspläne unerlässlich. Der Landesgesetzgeber hat deshalb gut daran getan, die Möglichkeit einer prinzipialen Normenkontrolle

65 Zu den Vorbehaltsgebieten siehe BVerwG, Urt. v. 16.04.2015, BVerwGE 152, 49; OVG Magdeburg, Urt. v. 11.12.2008, ZfBR 2009, 271; *Kümper*, Fn. 22, § 3 Rn. 83; kritisch dazu *Hendler*, Die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur regionalplanerischen Steuerung der Windkraftnutzung, UPR 2003, 401, 404; *Heitsch*, Raumordnungsziele und Außenbereichsvorhaben – Steuerungswirkungen und Rechtsschutz, NuR 2004, 20, 21; zu den Vorranggebieten BVerwG, Urt. v. 06.04.2017, NVwZ-RR 2017, 768; *Albrecht*, in: Schumacher/Werk/Albrecht, ROG, 2022, § 7 Rn. 54; ausführlicher dazu auch *Lehners*, Raumordnungsgebiete nach dem Raumordnungsgesetz, 1998, S. 26 ff.

66 OVG LSA, Urt. v. 17.05.2017 – 2 K 26/15, juris Rn. 43.

67 Siehe dazu bereits *Beckmann*, Fn. 6, NuR 2023, 289, 295; *Beckmann*, Fn. 9, EuRUP 2024, 15 ff.

68 BVerwG, Urt. v. 23.05.2023, NVwZ 2023, 1766 = juris Rn. 11; Urt. v. 10.11.2022, NVwZ 2023, 678 = juris Rn. 52.

69 BVerwG, Urt. v. 07.12.2023 – 4 CN 6/22, juris Rn. 30; BVerwG, Urt. v. 23.05.2023, NVwZ 2023, 1766; OVG M.-V., Urt. v. 08.06.2022 – 3 K 363/17, juris Rn. 95; BVerwG, Beschl. v. 26.05.2021, ZfBR 2021, 764; BVerwG, Urt. v. 18.09.2003, UPR 2004, 115, 116; BVerwG, Urt. v. 13.03.2003, NVwZ 2003, 738.

70 Näher dazu *Beckmann*, Raumordnungsrecht, Fn. 6, Rn. 120 ff. +

71 BVerwG, Beschl. v. 26.05.2021, ZfBR 2021, 764.

72 OVG NRW, Urt. v. 03.05.2022 – 11 D 135/20.NE, juris Rn. 239 unter Verweis auf *Kümper*, Fn. 22, § 3 Rn. 87.

73 Siehe dazu *Runkel*, Fn. 35, § 3 ROG, Rn. 19; *Beckmann*, Raumordnungsrecht, Fn. 6, Rn. 79. OVG NRW, Urt. v. 21.03.2024 – 11 D 133/20.NE, juris Rn. 304.

im Jahr 2019 auch in NRW einzuführen. Fehleranfällig sind allerdings nicht nur die Raumordnungspläne selbst, sondern auch die zur Normenkontrolle und zur Inzidentüberprüfung von Raumordnungsplänen ergehenden Entscheidungen der Verwaltungsgerichte. Würden Raumordnungspläne in der Planfeststellungsbeschlüssen vergleichbaren Rechtsform eines anfechtbaren Verwaltungsakts beschlossen, und wären sie damit der Bestandskraft

fähig, könnte immerhin der Streit um sog. Ewigkeitsmängel der Planung zeitlich begrenzt werden.<sup>74</sup>

74 Zum Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz als sog. Ewigkeitsmangel siehe z. B. VG Münster, Urt. v. 07.09.2023 – 3 K 2140/22, juris Rn. 40; OVG NRW, Beschl. v. 27.11.2009 – 8 B 1549/09.AK, juris, Rn. 72; OVG Schl.-H., Urt. v. 22.11.2021 – 1 KN 13/16, juris Rn. 77; siehe auch OVG NRW, Urt. v. 22.06.2023 – 2 D 347/21, juris Rn. 63.

## Endlich Klarheit beim Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit?

### – Eine chronologische Darstellung der Rechtsprechung und Gesetzgebung zum nordrhein-westfälischen Erschließungsbeitragsrecht –

Von VR'inBVerwG Prof. Dr. Ulrike Bick und R'inBVerwG Dr. Sina Stamm, Leipzig

*Mit Beschluss vom 05.03.2013 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit erstmals das „Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit“ abgeleitet. Danach verlangt das Rechtsstaatsprinzip Regelungen, die sicherstellen, dass Abgaben zum Vorteilsausgleich nicht zeitlich unbegrenzt nach Erlangung des Vorteils festgesetzt werden können. Ausgehend von diesem Beschluss, zeichnet der Beitrag in chronologischer Reihenfolge die nähere Konturierung des Begriffes durch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) und das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) sowie die Reaktionen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers in Bezug auf das Erschließungsbeitragsrecht nach. Im abschließenden Ausblick werden aktuell noch offene Fragen benannt.*

#### A. Ausgangslage: Der Beschluss des BVerfG vom 05.03.2013 und erste Reaktionen in der Rechtsprechung des BVerwG

##### I. Der Beschl. des BVerfG v. 05.03.2013<sup>1</sup>

###### 1. Sachverhalt und wesentlicher Inhalt des Beschlusses

Dem Beschluss lag ein Fall aus dem bayerischen Kanalanschlussbeitragsrecht zugrunde. Der Beschwerdeführer (Bf.) war von 1992 bis 1996 Eigentümer eines bereits an die öffentliche Entwässerungseinrichtung angeschlossenen bebauten Grundstücks. Die Gemeinde hatte den Bf. erstmals 2004 auf der Grundlage ihrer entsprechenden Beitrags- und Gebührensatzung vom 05.05.2000 (künftig Satzung) zu einem Kanalherstellungsbeitrag herangezogen; die Satzung war zur Heilung einer als nichtig beurteilten Vorgängersatzung rückwirkend zum 01.04.1995 in Kraft gesetzt worden. Nachdem sich während des Widerspruchsverfahrens auch die Satzung aus Mai 2000 als unwirksam erwies, erließ die Beklagte eine neue Satzung vom 18.04.2005 und setzte auch diese rückwirkend zum 01.04.1995 in Kraft.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab. Zwar seien die Satzung vom 05.05.2000, auf die der Bescheid gestützt worden sei, sowie auch sämtliche Vorgängersatzungen bis hin zum Jahr 1960 in den Beitragsteilen nichtig gewesen. Eine wirksame Rechtsgrundlage für den Bescheid sei aber mit der Satzung vom 18.04.2005 geschaffen worden. Eine Verjährung der Beitragsforderung sei nicht eingetreten, da nach der einschlägigen Regelung im BayKAG<sup>2</sup> im Fall der Ungültigkeit einer Satzung die vierjährige Festsetzungsfrist erst mit Ablauf des Kalenderjahres zu laufen beginne, in dem die gültige Satzung bekannt gemacht worden sei.

Der Verwaltungsgerichtshof München lehnte den Antrag des Bf. auf Zulassung der Berufung ab. Die Vorschrift des BayKAG sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Eine unzulässige echte

Rückwirkung liege schon deshalb nicht vor, weil kein abgeschlossener Beitragstatbestand gegeben sei. Denn bei leitungsgelassenen Einrichtungen setze die Entstehung einer Beitragspflicht nach ständiger Rechtsprechung das Vorhandensein einer gültigen Abgabensatzung voraus; eine solche habe erstmals im Jahr 2005 vorgelegen. Nur eine bereits entstandene Beitragsforderung könne verjähren. Bei fehlgeschlagenem Satzungsrecht müsse ein bisher nicht veranlagter Beitragspflichtiger damit rechnen, zu einem späteren Zeitpunkt herangezogen zu werden. Er könne sich nicht auf Vertrauensschutz berufen.

Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Das BVerfG verneinte zwar in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zulässigkeit rückwirkender Gesetze. Es entnahm aber den vom Bf. geltend gemachten Grundrechten (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit) erstmals das „Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit“ und erklärte die streitige Bestimmung des BayKAG für hiermit unvereinbar. Das neu entwickelte Gebot schütze davor, dass „lange zurückliegende, in tatsächlicher Hinsicht abgeschlossene Vorgänge unbegrenzt zur Anknüpfung neuer Lasten herangezogen werden können“. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, eine „abschließende Zeitgrenze“ festzulegen und einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an Beiträgen für solche Vorteile einerseits und dem Interesse des Beitragsschuldners andererseits, irgendwann Klarheit zu erlangen, ob und in welchem Umfang er zu einem Beitrag herangezogen werden kann. Während das staatliche Interesse an der vollständigen Durchsetzung von

1 BVerfGE 133, 143.

2 Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b Doppelbuchst. cc Spiegelstrich 2 BayKAG i. V. m. § 170 Abs. 1 AO.

Geldleistungspflichten vornehmlich von den Grundsätzen der richtigen Rechtsanwendung und der materiellen Gerechtigkeit (Belastungsgleichheit) sowie von fiskalischen Erwägungen getragen werde, stehe dem auf Seiten der Bürger das Prinzip der Rechtssicherheit gegenüber. Letzteres verbiete dem Gesetzgeber, dem grundsätzlich ein weiterer Gestaltungsspielraum zukomme, ganz von der Regelung einer zeitlichen Obergrenze abzusehen.

Zur Umsetzung einer solchen Obergrenze machte das BVerfG abschließend drei Vorschläge: 1. eine Verjährungshöchstgrenze, wonach der Beitragsanspruch nach Ablauf einer bestimmaren Frist nach dem Eintritt der Vorteilslage verjährt, 2. eine Anknüpfung der Entstehung der Beitragspflicht an den Eintritt der Vorteilslage oder 3. eine Verpflichtung des Satzungsgebers, die zur Heilung des Rechtsmangels erlassene wirksame Satzung rückwirkend auf den Zeitpunkt des vorgesehenen Inkrafttretens der ursprünglichen nichtigen Satzung in Kraft zu setzen, sofern der Beginn der Verjährungsfrist daran anknüpft. Zum letztgenannten Vorschlag bezog es sich auf ein Urteil des OVG NRW v. 18.05.1999.<sup>3</sup>

## 2. Bewertung

Das neu entwickelte Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit erscheint aus heutiger Sicht nahezu zwingend. Ebenso überzeugt die Vorgabe, dass der jeweilige Landesgesetzgeber den notwendigen Ausgleich zwischen dem fiskalischen Interesse an der Durchsetzung des Abgabenspruchs auf der einen Seite und dem Interesse des Beitragsschuldners an (zeitlicher) Klarheit auf der anderen Seite vornehmen muss. Soweit ersichtlich gab es zuvor nur wenig Problembewusstsein für das genannte Spannungsverhältnis. Auch das BVerwG hatte in seiner im Verfassungsbeschwerdeverfahren eingeholten Stellungnahme als zusätzliches Argument auf „die besondere Fehleranfälligkeit kommunaler Beitragssatzungen und das daraus resultierende gesteigerte Interesse an einer effektiven Nutzbarkeit der Heilungsmöglichkeiten“ hingewiesen. Zusammenfassend ging es davon aus, dass der bayerische Gesetzgeber sich bei der in Rede stehenden Verjährungsregelung des Kommunalabgabengesetzes innerhalb des verfassungsrechtlich Zulässigen gehalten haben dürfte.<sup>4</sup>

## II. Erste Reaktionen des BVerwG

### 1. BVerwG, Urt. v. 20.03.2014<sup>5</sup>

Der Bausenat des BVerwG erhielt schon ein Jahr später im Zusammenhang mit sanierungsrechtlichen Ausgleichsbeträgen Gelegenheit, sich zum neuen Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit zu äußern. Er stellte klar, dass dieses für alle Fallkonstellationen gilt, in denen eine abzugeltdende Vorteilslage eintritt, die daran anknüpfenden Abgaben aber wegen des Fehlens sonstiger Voraussetzungen nicht entstehen und deshalb auch nicht verjähren können. Anders als die Vorinstanz, die zur Vermeidung rechtsstaatswidriger Ergebnisse eine verfassungskonforme Auslegung des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB vorgenommen hatte, sah der Bausenat hierfür keinen Grund. Der auch im öffentlichen Recht geltende Grundsatz von Treu und Glauben (i. V. m. den Wertungen des § 53 Abs. 2 VwVfG) stelle sicher, dass Ausgleichsbeträge nicht zeitlich unbegrenzt nach Erlangung des Sanierungsvorteils festgesetzt werden dürften; damit sei dem Grundsatz der Belastungsklarheit hinreichend Rechnung getragen.

### 2. BVerwG, Urt. v. 15.04.2015<sup>6</sup>

Teilweise anders sah dies der Abgabensenat des BVerwG, der im Folgejahr entscheiden musste, ob die Heranziehung eines sog. Altanschließers zu Herstellungsbeiträgen 18 Jahre nach der Wiedervereinigung die Grenze des verfassungsrechtlich Zumutbaren überschreitet.

In Übereinstimmung mit dem Bausenat ging auch der Abgabensenat davon aus, dass das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit für das gesamte Beitragsrecht gilt. Anders als der Bausenat lehnte er aber – jedenfalls für Beiträge, die nach den Kommunalabgabengesetzen erhoben werden – einen Rückgriff auf § 53 Abs. 2 VwVfG sowohl in analoger Anwendung als auch i. V. m. dem Grundsatz von Treu und Glauben ab, um den neuen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu genügen. Denn es sei nach dem Beschluss des BVerfG Aufgabe des Gesetzgebers, den gebotenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen einerseits der Allgemeinheit an der Beitragserhebung und andererseits der Beitragspflichtigen an einer zeitlich nicht unbegrenzten Inanspruchnahme durch Festlegung einer Höchstfrist zu schaffen.

Da der Gesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern in dem zugrundeliegenden Fall keine solche Höchstfrist festgelegt hatte, bejahte der Abgabensenat konsequent einen Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit in seiner neuen Ausprägung. Einer Vorlage nach Karlsruhe bedurfte es aber nach Auffassung des Senats mangels Entscheidungserheblichkeit der Frage nicht: Der Verstoß habe sich dadurch nicht ausgewirkt, dass der Landesgesetzgeber immerhin eine Mindestfrist festgelegt habe, bis zu der Grundstückseigentümer noch mit ihrer Heranziehung zu Anschlussbeiträgen hätten rechnen müssen. Das genügte dem Senat, da der angegriffene Bescheid noch innerhalb dieser Mindestfrist ergangen war; die rund 18jährige Zeitspanne fand er im Übrigen angemessen.

### 3. BVerwG, Vorlagebeschl. v. 06.09.2018<sup>7</sup>

Beide Aspekte, also der Umfang der Anwendbarkeit des Gebots der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit<sup>8</sup> sowie die fehlende Möglichkeit, auf eine 30-jährige Ausschlussfrist oder auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückzugreifen<sup>9</sup>, wurden in einem Vorlagebeschluss des Abgabensenats aus September 2018 erneut (bestätigend) aufgegriffen, allerdings mit Blick auf die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung verschiedener Obergerichte sowie abweichende Literaturauffassungen deutlich ausführlicher begründet. Der Senat hielt daran fest, dass es allein Aufgabe des Gesetzgebers – und nicht der Gerichte – sei, die gebotenen Höchstfristen festzulegen. Dies zeige auch die Vielzahl der vom BVerfG aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten, zu denen gerade nicht ein Verweis auf die Höchstverjährungsfrist des § 53 Abs. 2 VwVfG gehört habe, und die Vielgestaltigkeit der bislang vorliegenden acht Landesregelungen, die – im Detail unterschiedlich ausgestaltete – Höchstfristen zwischen zehn und 25 Jahren enthielten. Da im konkreten Fall, in dem es erstmals um eine Streitigkeit aus dem Erschließungsbeitragsrecht und die entsprechenden Regelungen im rheinland-pfälzischen KAG ging, erneut eine Höchstfrist fehlte und die Frage diesmal auch entscheidungserheblich war, musste der Senat das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG aussetzen und das BVerfG anrufen.

Der Vorlagebeschluss enthält für die weitere Rechtsentwicklung in Nordrhein-Westfalen zwei interessante Aussagen. So heißt es zum einen in Rn. 42: „Allenfalls kann § 53 Abs. 2 Satz 1

3 NVwZ-RR 2000, 535.

4 BVerfG, Beschl. v. 05.03.2013, BVerfGE 133, 143, Rn. 28.

5 BVerwGE 149, 211.

6 NVwZ-RR 2015, 786; nachgehend BVerfG, Beschl. v. 03.11.2015, NVwZ-RR 2016, 242 (allerdings ohne Relevantes zu den hier diskutierten Fragen; der Beschluss betrifft die fehlende Beschwerdebefugnis einer kommunalen Wohnungsbau-gesellschaft).

7 BVerwGE 163, 58.

8 Vgl. Rn. 14 f.

9 Rn. 29 ff. und Rn. 43 (keine Anrufung des Großen Senats nach § 11 Abs. 2 VwGO erforderlich, da die abweichende Auffassung des Bausenats für dessen Entscheidung nicht tragend gewesen sei).

VwVfG der Grundsatz entnommen werden, dass, wenn selbst bestandskräftig festgestellte Ansprüche nach 30 Jahren nicht mehr durchgesetzt werden können, spätestens nach Verstreichen dieser Frist auch vor Erlass einer dem Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit genügenden gesetzlichen Regelung die Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen ausgeschlossen ist.“ Zum anderen konkretisiert der Beschluss den Begriff der „Vorteilslage“ (Rn. 54 ff.). Sie entstehe im Erschließungsbeitragsrecht, wenn die Anlage dem gemeindlichen Bauprogramm für die flächenmäßigen und sonstigen Teileinrichtungen sowie dem technischen Ausbauprogramm vollständig entspreche.

Auf beides wird noch zurückzukommen sein.

## B. Übergangsphase – „Recht in der Schwebe“ und der klarstellende Beschluss des BVerfG v. 03.11.2021<sup>10</sup>

### I. Problemfelder

In Nordrhein-Westfalen knüpft die vierjährige Verjährungsfrist für Beiträge an die Entstehung der Beitragspflicht an (§ 1 Abs. 3, § 12 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b KAG NRW, § 169 Abs. 1 Satz 1, § 170 Abs. 1 AO). Die Beitragspflicht entsteht mit der endgültigen Herstellung der Einrichtung oder Anlage (vgl. § 133 Abs. 2 Satz 1 BauGB für Erschließungsbeiträge bzw. § 8 Abs. 7 Satz 1 KAG NRW für sonstige Beiträge), im Falle leitungsgebundener Einrichtungen und Anlagen (insbes. Abwasserkanälen) mit der Anschlussmöglichkeit (§ 8 Abs. 7 Satz 2 KAG NRW). Zu diesem Zeitpunkt kommt den Beitragspflichtigen i. d. R. auch der durch den Beitrag abzugelende Vorteil zugute. Probleme können mit Blick auf das Gebot der Belastungsklarheit gleichwohl entstehen, weil die endgültige Herstellung bzw. die Anschlussmöglichkeit nur eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für die Entstehung der Beitragspflicht ist. So erfordert diese etwa auch eine gültige Beitragssatzung. Im Erschließungsbeitragsrecht kommen noch weitere Erfordernisse wie die Widmung der Anlage und in aller Regel der Eigentumserwerb der Gemeinde an der Straße hinzu.

Fehlte es an einer dieser Voraussetzungen im Zeitpunkt der endgültigen Herstellung der Anlage, konnte es also auch in Nordrhein-Westfalen dazu kommen, dass zwischen dem Eintritt der Vorteilslage und der Beitragserhebung lange Zeitspannen lagen. Diese Problematik beschränkte sich hier aber im Wesentlichen auf das Erschließungsbeitragsrecht. Die materiell im KAG NRW geregelten Kommunalabgaben (insbesondere Straßenausbau- und Kanalanschlussbeiträge) konnten nach der nordrhein-westfälischen Rechtslage und der dazu ergangenen Rechtsprechung des OVG NRW i. d. R. schon deshalb nicht „überaltern“, weil im Falle einer nichtigen Beitragssatzung<sup>11</sup> die neue, wirksame Satzung rückwirkend erlassen werden muss, um auch die zuvor verwirklichten Beitragstatbestände zu erfassen.<sup>12</sup> Im Zeitpunkt der endgültigen Herstellung muss also eine wirksame Satzung vorliegen. Dies hat zur Folge, dass dann, wenn der Eintritt der Vorteilslage bereits viele Jahre zurückliegt, die Beitragsforderung mit dem rückwirkenden Inkraftsetzen der wirksamen Satzung entsteht und zugleich verjährt.<sup>13</sup> Eine „Sonderregelung“ für nichtige Satzungen, wie sie in dem vom BVerfG entschiedenen Ausgangsfall aus Bayern zugrunde gelegen hatte, existiert im nordrhein-westfälischen KAG nicht.

Für das Gebiet des Erschließungsbeitragsrechts vertritt das BVerfG hingegen die Auffassung, eine gültige Erschließungsbeitragsatzung müsse erst in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem der Bescheid erlassen wird; Erschließungsbeiträge können also auch für Anlagen erhoben werden, deren Bau bereits vor Inkrafttreten der Satzung abgeschlossen war.<sup>14</sup> Dies kann dazu führen, dass Erschließungsbeiträge für vor langer Zeit hergestellte Straßen mangels wirksamer Satzung zunächst nicht zur

Entstehung gelangen und erst Jahrzehnte später abgerechnet werden. Eine weitere in der Praxis häufig vorkommende Ursache für überalterte Erschließungsbeiträge resultiert aus dem oft langwierigen Prozess des Grunderwerbs an der Anlage<sup>15</sup>, der mitunter erst deutlich nach der baulichen Fertigstellung der Straße – und damit der Vorteilslage – abgeschlossen werden kann.

### II. Rechtsprechung des OVG NRW

Da es in Nordrhein-Westfalen bis zum Jahr 2022 an der vom BVerfG geforderten Regelung einer „absoluten Obergrenze“ in zeitlicher Hinsicht fehlte, hat das OVG NRW in dieser „Schwebezeit“ nur diejenigen Fälle entschieden, in denen das Fehlen der gesetzlichen Regelung letztlich nicht entscheidungserheblich war. Dies bejahte das Gericht sowohl dann, wenn die maßgebliche Zeitspanne zwischen dem Eintritt der Vorteilslage sehr kurz, als auch dann, wenn sie außergewöhnlich lang war.

#### 1. OVG NRW, Besch. v. 03.06.2020<sup>16</sup>

Dem Nichtzulassungsbeschluss lag ein Fall zugrunde, in dem die Vorteilslage im Juni 2012 eingetreten und der Beitragsbescheid im April 2016 – mithin weniger als vier Jahre später – erlassen worden war. Unter Bezugnahme auf bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung<sup>17</sup> ging das OVG NRW hier davon aus, dass die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Schaffung einer ausdrücklichen gesetzlichen Höchstfrist nur dann entscheidungserheblich sei, wenn zwischen dem Eintritt der Vorteilslage und der Beitragserhebung mehr als zehn Jahre vergangen sind. Für die Entscheidungserheblichkeit sei erforderlich, dass die Beanstandung einer Norm (bzw. hier: deren Fehlen) als verfassungswidrig der Klägerin zumindest die Chance offenhalte, eine für sie günstigere Regelung zu erreichen. Eine solche Chance hat das OVG NRW hier verneint. Zahlreiche andere Bundesländer hatten zu diesem Zeitpunkt bereits an die Vorteilslage anknüpfende Höchstfristen erlassen, um dem Gebot der Belastungsklarheit Genüge zu tun. Diese bewegten sich zwischen zehn und 20 (bzw. in Sonderfällen 25) Jahren. Angesichts dessen sei auszuschließen, dass eine vom nordrhein-westfälischen Landesgesetzgeber noch zu erlassende Regelung die Heranziehung der Klägerin hindere.

#### 2. OVG NRW, Urt. v. 20.04.2021<sup>18</sup> (Hausecken-Fall)

Das Argument der fehlenden Entscheidungserheblichkeit hat das OVG NRW auch in „umgekehrter“ Richtung fruchtbar gemacht: In einer ersten Fallserie war eine Erschließungsanlage zwischen 1978 und 1980 gebaut worden. Entgegen der ursprünglichen Planung hatte man im Zuge der Bauarbeiten eine in die Gehwegfläche hineinragende und diese für wenige Meter

10 BVerfGE 159, 183.

11 Die Konstellation einer nichtigen Beitragssatzung, die erst viele Jahre später durch eine wirksame ersetzt wird, ist sozusagen der „Klassiker“ der Fälle, in denen Beiträge ggf. lange Zeit nach dem Eintritt der Vorteilslage noch erhoben werden. Unabhängig vom tatsächlichen Vorteil entsteht die Beitragspflicht dann wegen der fehlenden Beitragssatzung zunächst nicht, was zur Folge hat, dass auch die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnt.

12 OVG NRW, Urt. v. 30.06.1975, OVGE MüLü 31, 147. Für den Sonderfall der leitungsgebundenen Anlagen siehe OVG NRW, Urt. v. 18.05.1999, NVwZ-RR 2000, 535.

13 Eine solche Regelung hatte das BVerfG unter Bezugnahme auf eine entsprechende Entscheidung des OVG NRW als eine der „Lösungsmöglichkeiten“ aufgezeigt, um dem Gebot der Belastungsklarheit Genüge zu tun.

14 BVerfG, Urt. v. 21.09.1973, BauR 1974, 54.

15 In den kommunalen Erschließungsbeitragsatzungen ist i. d. R. als Voraussetzung für die Entstehung der Beitragspflicht der Grunderwerb an der gesamten Straße vorgesehen.

16 Gemeindehaushalt 2021, 94.

17 BVerfG, Urt. v. 10.02.1987, BVerfGE 74, 182.

18 Az.: 15 A 4037/19 u. a. – Gemeindehaushalt 2022, 94 (nur Ls).

unterbrechende Hausecke – im Wesentlichen wegen Problemen bei den Erwerbsverhandlungen mit dem Eigentümer – letztlich doch nicht abgerissen, sondern an der betreffenden Stelle lediglich eine rot-weiße Warnbeschilderung angebracht. Die zuständige Bezirksvertretung hatte allerdings erst später – im August 2016 – beschlossen, das Bauprogramm zu ändern und auf einen weiteren Ausbau zu verzichten. Die Festsetzung von Erschließungsbeiträgen erfolgte im Juni 2017.

Hier stellte sich zunächst die Frage, wann die Vorteilslage eingetreten war – bereits mit Abschluss der Bauarbeiten oder erst mit der Änderung des Bauprogramms? Nach der Definition, die das BVerwG in seinem Vorlagebeschluss vom 06.09.2018 zugrunde gelegt hatte, war eigentlich vom Ausbauprogramm auszugehen. Diesem hatte der tatsächliche Ausbauzustand wegen fehlender Beseitigung der Hausecke nicht vollständig entsprochen. Das OVG NRW bejahte gleichwohl den Eintritt der Vorteilslage bereits mit dem Abschluss der Bauarbeiten und rekurrierte dabei maßgeblich auf den – zuvor bereits vom BVerfG und auch vom BVerwG betonten – Aspekt der Erkennbarkeit für den Beitragspflichtigen.<sup>19</sup> Das Rechtsstaatsprinzip verlangt eine konkret bestimmbare Frist.<sup>20</sup> Der Beitragspflichtige muss selbst feststellen können, bis zu welchem Zeitpunkt er mit seiner Heranziehung rechnen muss. Dies wiederum setzt die Erkennbarkeit des Zeitpunkts voraus, in dem der beitragsrechtliche Vorteil entsteht und die Frist für eine mögliche Inanspruchnahme zu laufen beginnt.<sup>21</sup> Ausgehend davon könne es, so das OVG NRW, für den Eintritt der Vorteilslage nicht auf die Erfüllung des Bauprogramms in jedem Detail ankommen. Es sei vielmehr ausreichend, wenn die unmittelbar in der kommunalen Erschließungsbeitragssatzung definierten Herstellungsmerkmale erfüllt sind, eine zweckentsprechende Anlagennutzung möglich ist, die Anlage aus Sicht eines objektiven Betrachters endgültig fertiggestellt erscheint und ein solcher nur durch das Studium des unveröffentlichten Bauprogramms von der mangelnden Umsetzung Kenntnis erlangen könnte. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt, insbesondere habe sich die Straße für die Beitragspflichtigen nicht lediglich als Provisorium, sondern als „fertig“ dargestellt.

Ausgehend vom Eintritt der Vorteilslage bereits im Jahr 1980 waren also bis zum Bescheiderlass mehr als 30 Jahre vergangen. Das OVG NRW kam hier auf die „Andeutung“ des BVerwG aus dem Vorlagebeschluss vom 06.09.2018 zurück<sup>22</sup> und sah die Beitragserhebung nach einem solch langen Zeitraum auch unabhängig von der noch fehlenden verfassungsrechtlich gebotenen spezialgesetzlichen Regelung als rechtswidrig an. Dogmatisch stützte es diese Auffassung auf eine analoge Anwendung von § 53 VwVfG NRW i. V. m. dem Grundsatz von Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Gebots der Belastungsklarheit. Nach der Rechtsprechung des BVerwG verbiete sich zwar eine (generelle) analoge Anwendung des § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG NRW; allerdings lasse sich der Schluss ziehen, dass, wenn nach der Vorschrift selbst bestandskräftig festgestellte Ansprüche nach 30 Jahren nicht mehr durchgesetzt werden können, spätestens nach Verstreichen dieser Frist auch vor Erlass einer dem Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit genügenden gesetzlichen Regelung die Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen ausgeschlossen sein müsse. Insoweit sei die 30-Jahres-Frist als längst mögliche Erhebungsfrist für Beiträge auch Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben.

### 3. OVG NRW, Urt. v. 08.06.2021<sup>23</sup> (Gingkobaum-Fall)

Mit Urteilen vom 08.06.2021 entschied das OVG NRW in einer weiteren Serie über eine ganz ähnliche Konstellation – hier war es ein in der ursprünglichen Planung nicht vorgesehener Ginkobaum, der anstelle einer durchgehenden Pflasterung in einem Baumbet untergebracht worden war und ebenfalls dazu führte, dass das Bauprogramm später an den tatsächlichen Ausbauzu-

stand angepasst wurde. Im Unterschied zur ersten Fallserie war hier jedoch noch vor dem „Anpassungsbeschluss“ ein Vorausleistungsbescheid erlassen worden. Zwischen dem Eintritt der Vorteilslage – die das OVG NRW auch hier unabhängig vom „Ginkgo-Defizit“ mit dem Abschluss der Bauarbeiten gleichsetzte – und dem Erlass des Vorausleistungsbescheides lagen mehr als 29 Jahre. Der Beschluss über die Anpassung des Bauprogramms erfolgte erst (kurz) *nach* Ablauf der 30-Jahres-Frist während des bereits laufenden gerichtlichen Verfahrens. Der Erlass des Vorausleistungsbescheides „kurz vor knapp“ gereichte der Gemeinde auch hier nicht zum Vorteil: Die 30-jährige Höchstfrist für die Beitragserhebung sei durch den Vorausleistungsbescheid nicht unterbrochen worden, weil es sich bei dieser um eine absolute Ausschlussfrist handele, die keinen Vertrauensstatbestand voraussetze. Wenn die sachliche Beitragspflicht – wie hier – vor Ablauf der gesetzlichen Ausschlussfrist nicht mehr zur Entstehung gelange, werde ein zuvor erlassener Vorausleistungsbescheid rechtswidrig. Die Vorausleistung teile das rechtliche Schicksal des endgültigen Erschließungsbeitrags insofern, als auch ihre Rechtsgrundlage entfalle, sobald feststehe, dass eine Beitragspflicht endgültig nicht mehr entstehen kann.

Das OVG NRW ließ die Revision in beiden Entscheidungsserien (Hausecken- und Ginkobaumfall) zur Klärung der Frage des Zeitpunkts des Eintritts der Vorteilslage zu.

### III. BVerfG, Beschl. v. 03.11.2021<sup>24</sup>

Ende 2021 sorgte das BVerfG – auf den o. g. Vorlagebeschluss des BVerwG v. 06.09.2018 hin – für weitere Klarheit. Es bestätigte, dass sich der Grundsatz der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit auf alle Abgaben zum Vorteilsausgleich erstreckt, also auch auf Erschließungsbeiträge (vgl. LS 1). Das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit verlangt zudem, dass der Zeitpunkt des Eintritts der tatsächlichen Vorteilslage für die Beitragspflichtigen erkennbar ist (LS 2). Der Begriff der Vorteilslage muss deshalb an rein tatsächliche, für den möglichen Beitragsschuldner erkennbare Gegebenheiten anknüpfen und rechtliche Entstehungsvoraussetzungen für die Beitragsschuld außen vor lassen. So komme es hierfür weder auf die wirksame Widmung der Erschließungsanlage noch auf die Wirksamkeit der Beitragssatzung, die planungsrechtliche Rechtmäßigkeit ihrer Herstellung, den Eingang der letzten Unternehmerrechnung, die Mängelfreiheit der technischen Ausführung oder den vollständigen Grunderwerb an. Die nähere Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts des Eintritts der tatsächlichen Vorteilslage obliege im Einzelfall den Fachgerichten (Rn. 69, 72). Schließlich stimmt das BVerfG mit dem BVerwG auch darin überein, dass sich weder aus einer analogen Anwendung anderer Vorschriften noch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben oder einer verfassungskonformen Auslegung bestehender Regelungen zur Festsetzungsverjährung die verfassungsrechtlich gebotene zeitliche Grenze ergibt (Rn. 80 ff.).

19 Ähnlich hatte bereits das VG Köln in der ersten Instanz entschieden, auf dessen Argumentation das OVG NRW aufbaute.

20 BVerfG, Beschl. v. 05.03.2013, BVerfGE 133, 143, Rn. 42.

21 BVerwG, Beschl. v. 06.09.2018, BVerwGE 163, 58, 77.

22 BVerwGE 163, 58, 73. Die Sichtweise, dass eine Beitragserhebung nach mehr als 30 Jahren auch unabhängig von einer gesetzlichen Höchstfrist rechtswidrig ist, hatte das OVG NRW erstmals bereits in einem Urt. v. 24.11.2017, NVwZ-RR 2018, 41, vertreten.

23 15 A 299/20 u. a. Ein ähnlicher Sachverhalt lag der dritten Entscheidungsserie v. 29.06.2021 – 15 A 1432/20 u. a. zugrunde.

24 BVerfGE 159, 183.

### C. Erste gesetzliche Neuregelung: § 3 BauGB-AG NRW

Für den nordrhein-westfälischen Gesetzgeber bestand spätestens nach der (erneuten) Entscheidung des BVerfG dringender Handlungsbedarf. Im Unterschied zu vielen anderen Bundesländern gab es in Nordrhein-Westfalen – wie bereits erwähnt – auch im Jahr 2021 noch keine zeitliche Obergrenze; einen diesbezüglichen Antrag einer Oppositionsfraktion (SPD) hatte die Mehrheit der damaligen Regierungsfractionen (CDU, FDP) noch im August 2020 mit der Begründung abgelehnt, man wolle die Entscheidung des BVerfG abwarten.<sup>25</sup>

#### I. Die Neuregelung und ihre Hintergründe

Im Februar 2022 legten die Regierungsfractionen von CDU und FDP einen ersten Gesetzentwurf<sup>26</sup> mit einer Regelung von bestechender Schlichtheit vor. Danach sollte die Erhebung von Erschließungsbeiträgen unabhängig vom Entstehen der Beitragspflicht mit Ablauf des zehnten Jahres, das auf den Eintritt der Vorteilslage folgt, ausgeschlossen sein. Die Vorschrift sollte auch auf Erschließungsbeitragsbescheide anwendbar sein, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Regelung noch nicht bestandskräftig waren. Schon Ende März 2022 – nach der Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Heimat, Kommunales, Bauen und Wohnen<sup>27</sup> – war dieses Regelungskonzept aber überholt. Die Regierungsfractionen brachten einen Änderungsantrag ein; die dort vorgeschlagene, deutlich komplexere Fassung des § 3 BauGB-AG NRW trat schließlich zum 01.06.2022 mit folgendem Wortlaut in Kraft<sup>28</sup>:

„Zeitliche Obergrenze für den Vorteilsausgleich von Erschließungsbeiträgen nach BauGB

(1) Die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach § 127 des Baugesetzbuches in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 10. September 2021 (BGBl. I S. 414 7) geändert worden ist, durch die Gemeinden erfolgt auf der Grundlage des Kommunalabgabengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. Oktober 1969 (GV. NRW. S. 712) in der jeweils geltenden Fassung mit der Maßgabe, dass ihre Festsetzung unabhängig vom Entstehen der Beitragspflicht mit Ablauf des zehnten Kalenderjahres, das auf den Eintritt der Vorteilslage folgt, ausgeschlossen ist.

(2) Für Erschließungsbeitragsbescheide, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens von Absatz 1 noch nicht bestandskräftig waren, beträgt die Frist 20 Jahre. Diese Frist gilt auch für das Erheben von Erschließungsbeiträgen, wenn die Vorteilslage im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits besteht.

(3) Soweit eine Ausschlussfrist nach Absatz 1 oder 2 mit Ablauf eines Kalenderjahres zwischen 2022 und 2026 endet, verlängert sie sich bis zum 31. Dezember 2027.

(4) Unabhängig von dem Eintritt der Vorteilslage ist die Festsetzung der Beitragspflicht für solche Erschließungsanlagen ausgeschlossen, wenn seit dem Beginn der erstmaligen technischen Herstellung mindestens 25 Jahre vergangen sind. Bezieht sich der Beginn der technischen Herstellung nur auf eine Teilstrecke der Erschließungsanlage, so gilt Satz 1 nur für diese Teilstrecke.

(5) Sofern vor Ablauf der Ausschlussfrist die Erschließungsanlage benutzbar war und Vorausleistungen bis zum 1. Juni 2022 erhoben worden sind, sind diese nur in dem Umfang zu erstatten, in dem sie den fiktiven endgültigen Erschließungsbeitrag überschreiten. § 133 Absatz 3 Satz 4 BauGB ist für diese Erstattungen nicht anzuwenden.

(6) Soweit für Erschließungsanlagen kein Beitrag mehr erhoben werden kann, gelten diese Erschließungsanlagen als erstmalig hergestellt.“

Die am ursprünglichen Entwurf vorgenommenen Änderungen dürften im Wesentlichen auf die Einwände in den dazu eingegangenen Stellungnahmen und der Sachverständigenanhörung zurückzuführen gewesen sein. Die Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände hatte bemängelt, dass Beitragsbescheide oftmals erst lange nach dem Eintritt der Vorteilslage erlassen werden könnten, weil es noch am notwendigen Grunderwerb fehle oder nicht alle Schlussrechnungen der beauftragten Unternehmen vorlägen; Verzögerungen lägen oft nicht im Verantwortungsbereich der Kommunen. Durch die Kürze der Frist drohten erhebliche Einnahmefälle; sie müsse auf mindestens 15 Jahre angehoben werden. Zudem sei eine Sonderregelung für Altfälle und solche Konstellationen erforderlich, in denen bereits Vorausleistungsbescheide erlassen worden seien.<sup>29</sup>

Mit dem Änderungsantrag nahmen die Regierungsfractionen diese Kritik auf. Für „Altfälle“, in denen bereits ein noch nicht bestandskräftiger Bescheid vorlag oder die Vorteilslage im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes schon bestand, wurde die Höchstfrist auf 20 Jahre angehoben (§ 3 Abs. 2 BauGB-AG NRW). Eine weitere „Abfederung“ erfolgte durch Absatz 3 der Regelung, mit dem ein Fristende zwischen 2022 und 2026 auf Ende 2027 hinausgeschoben – und damit die 20-Jahres-Frist noch weiter verlängert – wurde. Die Pflicht zur Zurückzahlung von vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erhobenen Vorausleistungen wurde durch § 3 Abs. 5 BauGB-AG NRW faktisch ausgeschlossen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Aufnahme der sog. „Spatenstich-Regelung“ in § 3 Abs. 4 BauGB-AG NRW. Dieser schließt die Abrechnung solcher Anlagen aus, deren Bau zwar begonnen wurde, aber nicht innerhalb von 25 Jahren fertiggestellt wird. Die Regelung, die sich an Art. 5 a Abs. 7 BayKAG orientiert, knüpft nicht an den Eintritt der Vorteilslage an. Durch sie werden auch solche Konstellationen erfasst, in denen gerade dieser Aspekt – Stichwort Haus-ecke und Ginkgobaum – zweifelhaft ist.

#### II. Erste Rechtsprechung nach der Neuregelung

##### 1. OVG NRW, Ur. v. 14.09.2022

Das OVG NRW nutzte schon bald die Möglichkeit, das neue Recht anzuwenden, als es über einen „Altfall“ entschied, in dem der technische Straßenbau im September 1996 endgültig abgeschlossen worden und – nach einem Kostenspaltungsbeschluss – die Anlieger im Jahr 1999 zu Erschließungsbeiträgen mit Ausnahme der Grunderwerbskosten herangezogen worden waren. Den Grunderwerb hatte die Gemeinde erst 2016 abschließen können und machte die dafür entstandenen Kosten im September 2016 geltend. Dagegen richtete sich die Klage.

Die hier zur Anwendung kommende 20-Jahres-Frist des § 3 Abs. 2 BauGB-AG NRW war – wenngleich knapp – gewahrt. Nach Ansicht des OVG NRW war es unerheblich, dass die Vorteilslage bei Inkrafttreten des Gesetzes am 01.06.2022 bereits länger als 20 Jahre bestanden hatte. Maßgeblich sei allein, dass der streitgegenständliche Bescheid vor Ablauf des 20. Jahres nach Eintritt der Vorteilslage erlassen worden war. Denn die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Satz 1 BauGB-AG NRW sei im Zusam-

25 Plenarprotokoll 17/98 S. 107 ff.

26 LT-Drs. 17/16553.

27 AP. 17/1755.

28 Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen v. 13.04.2022, GV. NRW. S. 671. Damit hatte sich der nordrhein-westfälische Gesetzgeber, wie auch die übrigen Bundesländer, zur Umsetzung der ersten vom BVerfG aufgezählten Variante zur Herstellung einer verfassungskonformen Rechtslage (Einführung einer Höchstfrist, die an den Eintritt der Vorteilslage anknüpft) entschieden.

29 Stellungnahme 17/4940, in der auch konkrete Formulierungsvorschläge für die Gesetzesfassung enthalten sind.

menhang mit § 3 Abs. 1 BauGB-AG NRW zu lesen, der die „Festsetzung“ von Erschließungsbeiträgen nach Ablauf der Frist untersagt. Die Regelung unterschiedlich langer Fristen in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB-AG NRW verstoße auch nicht gegen Art. 3 GG in seiner Ausprägung als Gebot der Belastungsgleichheit. Der 20-Jahres-Frist komme die Funktion einer Übergangsregelung zu, die angesichts der sonst drohenden Einnahmeausfälle der Kommunen gerechtfertigt sei. Schließlich scheiterte die Beitragserhebung hier nach Auffassung des OVG NRW auch nicht an § 3 Abs. 4 BauGB-AG NRW, weil die dort geregelte 25-Jahres-Frist nur auf solche Erschließungsbeitragsbescheide Anwendung finde, die nach dem Inkrafttreten der Vorschrift erlassen worden seien.

2. BVerwG, Urt. v. 15.11.2022 (Hausecken- und Ginkobaumfall)<sup>30</sup>  
Kurz darauf entschied das BVerwG mit Urteilen vom 15.11.2022 über die oben näher dargestellten Entscheidungsreihen des OVG NRW. Dabei wandte es in allen Verfahren die während des Revisionsverfahrens in Kraft getretene Neuregelung des § 3 Abs. 2 BauGB-AG NRW mit der Begründung an, Rechtsänderungen, die nach Erlass der Berufungsentscheidung eintreten, seien im Revisionsverfahren dann beachtlich, wenn auch das Berufungsgericht sie nunmehr zu berücksichtigen hätte. Dies sei hier der Fall, da die neue Fristenregelung ausdrücklich Anwendung auf noch nicht bestandskräftige Erschließungsbeitragsbescheide finde (Satz 1) und Vorteilslagen erfasse, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits bestehen (Satz 2). Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 3 Abs. 2 BauGB-AG NRW bestünden nicht, vielmehr sei die Rückwirkung der Regelung aufgrund des Beschlusses des BVerfG v. 03.11.2021 verfassungsrechtlich geboten.

Damit war zwar der entscheidungstragenden Argumentation des OVG NRW in Bezug auf das Fehlen einer Höchstfrist die Grundlage entzogen und es kam nicht mehr auf die Frage an, ob ein Erschließungsbeitragsbescheid jedenfalls 30 Jahre nach Eintritt der Vorteilslage nicht mehr erhoben werden darf. Die Berufungsurteile erwiesen sich aber wegen Eingreifens der neuen Ausschlussfrist im Ergebnis als richtig.

Das BVerwG billigte im Ergebnis die Annahme des OVG NRW, dass die Vorteilslage auch bei einer Abweichung vom ursprünglichen Bauprogramm eintreten kann, stützte dies jedoch nicht – wie das OVG NRW – auf den Sonderfall einer nur geringfügigen Abweichung, sondern argumentierte mit dem Topos der „endgültigen Aufgabe“ des ursprünglichen Bauprogramms. Zur Begründung führte es aus: „Der Überlegung, dass die Vorteilslage erst mit der vollständigen Umsetzung des gemeindlichen Bauprogramms eintritt, liegt die Erwartung zugrunde, dass bei etwaigen Abweichungen vom Bauprogramm grundsätzlich noch mit dessen zukünftiger Verwirklichung durch entsprechende Anpassung der tatsächlichen Verhältnisse an die Planung zu rechnen und der abweichende Zustand der Erschließungsanlage insoweit nur vorübergehender Natur ist. Anders liegt der Fall, wenn aufgrund des langen Zeitablaufs feststeht, dass mit einer Änderung nicht mehr gerechnet werden kann. In diesem Fall wächst die zunächst nur teilweise, unvollständig oder in anderer Weise planabweichend hergestellte Anlage in eine selbständige Erschließungsanlage hinein. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist anerkannt, dass beitragsfähige Erschließungsanlage die Anlage in ihrem tatsächlich angelegten Umfang ist; maßgebend für die Bestimmung der Erschließungsanlage ist das durch die tatsächlichen Gegebenheiten geprägte Erscheinungsbild, nicht aber eine nur „auf dem Papier“ stehende planerische Festsetzung (...). Der Umstand, dass eine Anlage über viele Jahre nicht weitergebaut wird, kann den Schluss rechtfertigen, dass die seinerzeitigen Ausbaurbeiten endgültig beendet worden sind (...). Der Beschluss, mit dem die Planung an den vorhandenen Zustand an-

gepasst wird, vollzieht dann nur noch zum Zweck der Abrechenbarkeit die bereits abgeschlossene tatsächliche Entwicklung nach und bildet den rechtlichen Schlusspunkt.“

Soweit es im Ginkobaum-Fall um die Frage der Vorausleistung ging, bestätigte das BVerwG ebenfalls im Ergebnis die Auffassung der Vorinstanz: Kann ein Beitragsbescheid aus Gründen der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit nicht mehr ergehen, gibt es keine Rechtfertigung, an seiner Stelle einen Vorausleistungsbescheid zu erlassen.<sup>31</sup>

## D. Weitere gesetzliche Neuregelung und Ausblick

### I. § 12 a KAG NRW

Die nächste Volte in Sachen Belastungsklarheit schlug der (neue) Landesgesetzgeber schon kurz nach Vorliegen der ersten Entscheidungen zum neuen § 3 BauGB-AG NRW. Durch das Gesetz über die Bestimmung von zeitlichen Grenzen für die Festsetzung von Abgaben zum Vorteilsausgleich im Land-Nordrhein-Westfalen vom 25.04.2023<sup>32</sup> trat folgender § 12 a KAG NRW *rückwirkend zum 01.06.2022* in Kraft und löste § 3 BauGB-AG NRW ab.

„Zeitliche Grenze für die Festsetzung von Abgaben zum Vorteilsausgleich

(1) Abgaben zum Vorteilsausgleich dürfen ohne Rücksicht auf Entstehung der Abgabenschuld mit Ablauf des 20. Kalenderjahres, das auf den Eintritt der Vorteilslage folgt, nicht mehr festgesetzt werden.

(2) Absatz 1 gilt auch für Abgabenbescheide, die am 1. Juni 2022 noch nicht bestandskräftig waren.

(3) Soweit die Frist des Absatzes 1 mit Ablauf eines Kalenderjahres zwischen 2022 und 2026 endet, verlängert sie sich bis zum 31. Dezember 2027.

(4) Sofern Vorausleistungen auf die Abgabe zum Vorteilsausgleich bis zum 1. Juni 2022 erhoben worden sind, jedoch die Festsetzung der endgültigen Abgabe infolge des Ablaufs der Frist des Absatzes 1 in Verbindung mit Absatz 3 ausgeschlossen ist, sind die Vorausleistungen nur in dem Umfang zu erstatten, in dem sie die Höhe der fiktiven endgültigen Abgabe überschreiten. Eine Verzinsung der Erstattungsbeträge findet nicht statt.

(5) Soweit für Anlagen keine Abgabe im Sinne der vorstehenden Absätze mehr erhoben werden kann, gelten diese Anlagen als erstmalig hergestellt.“

Ausweislich des zugrunde liegenden Gesetzentwurfs vom Dezember 2022 hatte die neue Landesregierung (CDU, Grüne) weiteren Regelungsbedarf vor allem deshalb gesehen, weil die Fristenregelung in § 3 BauGB-AG NRW lediglich auf Erschließungsbeiträge beschränkt und eine Erstreckung auf alle kommunalen Abgaben zum Vorteilsausgleich geboten sei.<sup>33</sup> Mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs erfolgte zugleich eine einheitliche Bemessung der Frist auf 20 Jahre, was für die „Neufälle“ eine Verlängerung um zehn Jahre bedeutete. Eine 20-Jahres-Frist entspreche der Entscheidung der Gesetzgeber in vielen anderen Bundesländern und sei verfassungsrechtlich unbedenklich.<sup>34</sup> Die sog. Spatenstichregelung wurde aufgehoben.

<sup>30</sup> Az.: 9 C 4.21 und weitere Az. (juris) sowie 9 C 12.21 (BVerwGE 177, 48) und weitere Az.

<sup>31</sup> BVerwGE 177, 48 Rn. 41.

<sup>32</sup> GV. NRW. S. 233.

<sup>33</sup> LT-Drs. 18/1919 S. 1.

<sup>34</sup> LT-Drs. 18/1919 S. 7.

## II. Ausblick

Auch nach der letzten Gesetzesänderung besteht also weiterer Klärungsbedarf in Sachen Belastungsklarheit: So dürfte zwar dem Inkrafttreten des § 12 a KAG NRW zum 01.06.2022 nur die Wirkung einer unechten Rückwirkung zukommen, allerdings ist die ersatzlose Abschaffung des § 3 Abs. 4 BauGB-AG NRW (sog. Spatenstich-Regelung) jedenfalls für die Fälle, in denen bis zum Erlass des § 12 a KAG NRW die 25-Jahres-Frist bereits abgelaufen war, als echte Rückwirkung einzustufen. Die Gesetzesbegründung sieht diese als ausnahmsweise zulässig an, weil an der Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 4 BauGB-AG NRW ernsthafte Zweifel bestanden hätten.<sup>35</sup> Auch die faktische Unanwendbarkeit der Höchstfrist auf Fälle, in denen bereits ein Vorausleistungsbescheid ergangen war, wirft verfassungsrechtliche Fragen auf: Ist dem Gebot der Belastungsklarheit bereits durch den Erlass eines Vorausleistungsbescheides Genüge ge-

tan? Und wie ist die Situation zu beurteilen, wenn der (inzwischen bestandskräftige) Vorausleistungsbescheid erst nach Ablauf von 20 oder gar 30 Jahren erlassen worden ist? Auch die vom BVerwG in den Entscheidungen vom 15.11.2022 angenommene Möglichkeit einer Aufgabe des Bauprogramms wird von den Instanzgerichten in entsprechenden Konstellationen noch näher zu konturieren sein.

Die Ausgangsfrage kann also immer noch nicht uneingeschränkt bejaht werden.

<sup>35</sup> LT-Drs. 18/1919 S. 8 f., unter Verweis auf *Driehtaus*, KStZ 2022, 101. Danach hat der Landesgesetzgeber nicht – wie es ihm möglich gewesen wäre – die als Landesrecht fortgeltenden bundesrechtlichen Regelungen zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen durch neues Landesrecht ersetzt, sondern die bundesrechtlich angeordnete Beitragserhebungspflicht behindert, ohne dass dies verfassungsrechtlich durch das Gebot der Belastungsklarheit gerechtfertigt sei.